Gustavo Bosco

EL DEBER DE PREVENCIÓN DE LOS DAÑOS Y SU VINCULACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE SALVAMENTO DEL DERECHO DE SEGUROS

EDITORIAL DUNKEN

El libro aborda cómo ha evolucionado la noción histórica del riesgo advirtiendo sobre su incidencia para la determinación de la necesidad de su aseguramiento, y cómo el mismo ha tenido su correlato sobre la concepción de la responsabilidad civil, propiciándose en primer lugar el establecimiento de reglas destinadas a contener los actos de venganza que tenían por única finalidad la causación de un daño al responsable, similar al recibido por la víctima, para proseguir con la delimitación subjetiva de la responsabilidad por dolo o culpa; y la implementación de la responsabilidad objetiva por el daño causado por el riesgo de las cosas y que en la actualidad ha llevado a la consagración de la prevención como principio rector.

En tal sentido, se aborda el análisis de la misma a partir de la acción por daño contingente ideada por Andrés Bello que consagraron los Códigos Civiles de Chile, Colombia y Ecuador, que muestra su agudeza para advertir hacia donde se direccionaba la responsabilidad civil en el siglo XIX; para proseguir con la incorporación del deber de prevención en Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994 y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en el año 2015 que consagra el "alterum non laedere", mediante el deber de adoptar las medidas para evitar y mitigar el daño y la acción preventiva, trazando las concordancias con el Deber de Salvamento del Derecho de Seguros.

En el estudio de este instituto, se aborda la discusión doctrinaria respecto a la naturaleza jurídica de éste y sus características, con el fin de verificar si la implementación del Deber de Prevención ha producido cambios en aquel.

El autor es abogado y ha realizado la Diplomatura de Derecho de Seguros de la Universidad de Salamanca; cuenta con un posgrado de Especialización en Economía y Derecho de Seguros auspiciado por la Asociación Internacional de Derecho de Seguros – A.I.D.A. y también ha realizado un posgrado de Especialización en Seguros de Personas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Miembro Titular de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (Rama Argentina) y forma parte del cuerpo docente de la Diplomatura de Seguros de la Universidad del Salvador.

Gerente de Siniestros, Consultor de Empresas en Seguros, Responsabilidad Civil y Defensa de la Competencia y se desempeñó como Perito Judicial de Liquidación de Siniestros contando con matricula de liquidador desde 1987.

Presidente de la Asociación Argentina de Liquidadores y Peritos de Seguros en varios períodos formando parte además de la Comisión Directiva de la misma hasta la actualidad.

Presidente de la Fundación de Investigación, Difusión y Enseñanza del Seguro FIDESEG.

Es colaborador de medios gráficos, programas televisivos y audiciones radiales dedicadas a seguros, en temas técnicos de la especialidad y ha organizado talleres de capacitación y ha asistido a encuentros, jornadas, dictando conferencias de la especialidad en el país, en los Estados Unidos y en España.

Fue expositor seleccionado para el Taller del 43 Curso de Actualización de Derecho de la Universidad de Salamanca con la comunicación “Desafíos del Aseguramiento de los Ciberriesgos”.

GUSTAVO BOSCO

EL DEBER DE PREVENCIÓN DE LOS DAÑOS Y SU VINCULACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE SALVAMENTO DEL DERECHO DE SEGUROS

EDITORIAL DUNKEN
Buenos Aires
2020

Índice de contenido

Dedicado a:
Agradecimientos:
Prólogo
1. Reseña histórica de la evolución del concepto de riesgo
2. La evolución de la responsabilidad civil – de la ley del talión a la responsabilidad objetiva
3. La prevención como fuente de responsabilidad
4. La acción de daño contingente en chile, colombia y ecuador
    4.1. La amenaza de daño
    4.2. Tipos de daños contingentes contemplados
    4.3. Culpabilidad y relación de causalidad
    4.4. Legitimación pasiva
    4.5. Legitimación activa
        a) Acción individual
        b) Acción popular
5. La prevención en el código civil y comercial argentino
    5.1. Jerarquía Constitucional y la aplicación de la función preventiva en el Cód. Civil y Comercial
    5.2. Atributos de la normativa
    5.3. El sujeto pasivo gravado con el deber jurídico
    5.4. La condición que genera el deber jurídico de prevenir
    5.5. La Acción Preventiva
    5.6. Ausencia del factor de atribución
    5.7. Acción u omisión antijurídicas.
    5.8. Legitimación activa y pasiva
    5.9. Contenido de la sentencia
    5.10. Diferencias entre el “mandato preventivo” y la acción preventiva
6. El deber de salvamento
    6.1. Preliminar
    6.2. Naturaleza Jurídica del Deber de Salvamento
        Carga u Obligación – Visión de Derecho Comparado
        Alemania
        Italia
        España
7. Observaciones sobre la naturaleza jurídica de los deberes de conducta
8. El deber de salvamento en argentina
    8.1. Naturaleza de la carga
    8.2. Condiciones de admisibilidad
    8.3. Sujeto pasivo de la carga
    8.4. Modalidades de la carga
    8.5. Tratamiento de los gastos
    8.6. Las instrucciones del asegurador
    8.7. Sanción por incumplimiento de la carga. Dolo o culpa grave
    8.8. Reembolso de los gastos de salvamento
    8.9. El límite de la franquicia
    8.10. Impugnación de los gastos de salvamento
    8.11. Condicionados abusivos

9. Consideraciones finales y conclusiones
Bibliografía

Bosco, Gustavo
El deber de prevención de los daños y su vinculación con la obligación de salvamento del derecho de seguros.
1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Dunken, 2020.
Libro digital, EPUB

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-85-0542-8

1. Derecho Comercial. 2. Seguros. I. Título.
CDD 346.07

Contenido y corrección a cargo del autor.

Ayacucho 357 (C1025AAG) - Capital Federal
Tel/fax: 4954-7700 / 4954-7300
E-mail: *info@dunken.com.ar*
Página web: *www.dunken.com.ar*

Hecho el depósito que prevé la ley 11.723
© 2020 Gustavo Bosco
e-mail: gbosco@estudiobosco.com.ar
ISBN 978-987-85-0542-8

Dedicado a:

Mi padre Mario Bosco, maestro y formidable liquidador de siniestros de la República Argentina quien me supo contagiar su pasión por el análisis de los seguros.

A mi querido y recordado maestro Profesor Doctor Nicolás Barbato (q.e.p.d.), quien con su humildad y sabiduría siempre me brindó sus conocimientos, sorprendiéndome constantemente con sus agudas consideraciones.

Agradecimientos:

A los compañeros del Curso de la 1ra. Promoción de la Diplomatura de Derecho de Seguros de la Universidad de Salamanca del 43 Curso de Especialización de Derecho, quienes con su colaboración durante las cátedras y hasta la presentación de la presente han servido de sustento y aliento permanente para la realización de este trabajo.

A los Profesores del Curso de la 1ra. Promoción de la Diplomatura de Derecho de Seguros, quienes durante el mismo nos supieron brindar todo su conocimiento y dedicación para el mejor abordaje de cada uno de los temas tratados.

Al Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, quien con su brillante y valiente exposición sobre daño contingente motivó el interés para que aborde el tema del presente trabajo.

A la Universidad de Salamanca por su cálida atención durante los días que duró esta experiencia maravillosa de formación profesional.

A la Dra. Susy Ines Bello Knoll por su predisposición para dirigir esta tesis, brindándome su toda su experiencia y el apoyo necesario para que pueda realizarla.

Al estimado Prof. Dr. Waldo Sobrino quien tuvo la generosidad y me brindó el honor de prolongar el presente libro.

Y muy especialmente a mi familia quienes me alentaron a participar de esta Diplomatura y que disimularon les haya restado mi atención durante el tiempo del curso y la investigación.

PRÓLOGO

Tenemos el inmenso honor de prologar la excelente obra del **Dr. Gustavo Bosco**, que auguramos que pronto se va a convertir en un clásico en la temática de *Deber de Prevención y Salvamento*.

El autor tiene algunas características personales y profesionales, que le brindan al libro una ventaja comparativa superlativa, dado que además de ser *Abogado* también se desempeña como *Liquidador de Siniestros.*

Así, en su carácter de *abogado*, el autor, a pesar de su juventud, tiene una aquilatada experiencia en la temática legal en general y en los seguros en particular, lo que brinda una base normativa fundamental para la obra.

Por otro lado, también merece destacarse, que siguiendo los pasos profesionales y los sabios consejos de su padre, el autor es uno de los más prestigiosos Liquidadores de Siniestros de la República Argentina y Latinoamérica, debiendo resaltarse que incluso llegó a ser Presidente de la *Asociación Argentina de Liquidadores y Peritos.*

De esta forma, en su doble faceta de *abogado y liquidador de siniestros*, Gustavo Bosco aporta su conocimiento legal y experiencia profesional para la elaboración de esta obra.

Otra cuestión a resaltar es que la escritura del libro se realizó en dos continentes, dado que esta obra es el resultado del Curso de Posgrado que el autor realizó en la antigua casa de Miguel de Unamuno (Universidad de Salamanca), donde tuvo mayor accesibilidad a la doctrina europea.

Posteriormente, se finalizó de elaborar en nuestra país, donde se abrevó en prestigiosos autores nacionales (como los maestros lamentablemente fallecidos Nicolás Barbato; Domingo Lopez Saavedra; Lito Stiglitz, etc.)

Y, a todo ello, se le debe agregar que la Tesis escrita por Gustavo Bosco, contó con la colaboración como tutora de la prestigiosa y reconocida doctrinaria Susy Inés Bello Knoll.

Otra de las grandes ventajas comparativas de la presente obra, es que se le brinda un equilibrado enfoque, tanto desde la perspectiva *teórica*, como así también, desde el punto de vista *práctico*.

Dicha forma de escribir el libro, enriquece sustancialmente el análisis, ya que ambos enfoques no se contraponen, sino que –por el contrario– se complementan y potencian, permitiendo al lector conocer la realidad del día a día, pero sustentado en fuertes fundamentos técnicos.

Yendo al fondo de la obra prologada, en forma sintética, se puede señalar que comienza con un acertado estudio de *reseña histórica de la evolución del concepto de riesgo*, donde –por un lado– analiza la forma en que se fue desenvolviendo el concepto de riesgo a lo largo de la historia; y –por otro lado– de manera complementaria, estudia el concepto del riesgo como uno de los pilares del derecho de seguros, destacándose la gran trascendencia que tiene el seguro para la sociedad actual.

A renglón seguido, realiza un interesante e imprescindible análisis de la *evolución de la responsabilidad civil*, haciendo una breve historia desde la *Ley del Talión* hasta la *responsabilidad objetiva*, vigente en la actualidad, explicando las distintas concepciones que fueron cambiando, hasta el siglo XXI.

Con posterioridad, el autor analiza la importancia de la *Prevención como fuente de la responsabilidad civil*, adentrándose en uno de los temas de mayor trascendencia de hogaño, dado que se produjo una evolución filosófica en la concepción del Derecho, de manera tal que se desterró que la *indemnización* fuera la *vedette* de la responsabilidad civil (que llega siempre tarde y parcial), pasando a una postura superadora, referida a la *Prevención*, dado que –a no dudarlo– la única manera efectiva de reparar un daño, es que no se produzca.

Luego, siguiendo la senda trazada por el más chileno de los venezolanos (Andrés Bello), el autor realiza un interesante estudio comparativo de la *acción de daño contingente,* analizando en profundidad las aplicaciones que se realizan en distintos países latinoamericanos, como Chile, Colombia y Ecuador.

Más adelante, la obra se introduce en la regulación de la *Prevención en el Código Civil y Comercial*, que es uno de los mayores aciertos del nuevo Código, dado que más allá de las justas críticas que corresponden hacerle al Código Civil y Comercial (v.gr. restricción de los derechos de los consumidores al eliminar al *tercero expuesto*; derogación del plazo de prescripción del consumidor de la Ley de Defensa del Consumidor; errónea

regulación de los contratos, a través de fijar principios generales a través de una figura casi inexistente, como los *contratos paritarios* –Arts. 957, 958 y siguientes–; etc.), es que el tema de la Prevención es fundamental para la protección de los más débiles y vulnerables de la sociedad.

Así, Gustavo Bosco, realiza un brillante y exhaustivo análisis de la *Prevención*, efectuando un completo estudio de las diversas normas aplicables, en sus diversas facetas como los sujetos participantes; la *acción preventiva, el antijuridicidad*, la *legitimación activa y pasiva*, etc.

Al promediar la obra, el autor se introduce en uno de los temas más interesantes y fundamentales del derecho de seguros y que –paradojalmente– no ha tenido el estudio de la doctrina con toda la profundidad que amerita, como es: el *Deber de Salvamento.*

Dentro de esta temática, en el libro se efectúa un interesantísimo análisis del *Deber de Salvamento*, estudiando la normativa y la doctrina de distintos países como Alemania; Italia; España; etc., haciendo un muestreo comparativo de las distintas posturas legales que se han tomado en diversos países desarrollados, en especial, en al ámbito de seguros.

Más adelante, efectúa un profundo estudio, siguiendo las enseñanzas de Barbato, Fontanarrosa, Morandi, etc, a fin de analizar la *naturaleza jurídica* del *deber de salvamento*, en especial, con referencia a si se trata de una *carga* o una *obligación*.

Para finalizar, en el último Capítulo se dedica al análisis de *El Deber de Salvamento en Argentina*, donde se efectúa un exhaustivo estudio de la temática, introduciéndose muchas veces, en temas que la doctrina no suele profundizar.

En efecto, en este Capítulo, se pasa revista a variados temas del Salvamento, en particular en lo referido a la *naturaleza de la carga*, las *condiciones de admisibilidad*, el *sujeto pasivo de la carga*, las *instrucciones de la Compañía de Seguros*, las *sanciones por incumplimiento de las cargas*, etc.

Es más, en particular, corresponde destacar que Gustavo Bosco no le rehúye al análisis de temas conflictivos y discutidos en doctrina y jurisprudencia y se mete de lleno con una postura novedosa y muy fundada normativamente, en el estudio de la aplicación o no de la *Franquicia* en el Salvamento; o la impugnación de *Cláusulas Abusivas* establecidas en los

textos de pólizas que –por ejemplo–establecen (en forma ilegal) que la Compañía de Seguros no sería responsable del *Recall*, dado que los gastos de retiro de productos que pueden producir daños a terceros, estarían a exclusivo cargo de los asegurados.

En definitiva, le damos la bienvenida la excelente obra jurídica del **Dr. Gustavo Bosco**, donde con una mirada fresca y renovadora, con basamento en la normativa y doctrina (ora nacional, ora internacional), se le brinda a la temática del *Deber de Prevención* y los *Gastos de Salvamento*, un análisis profundo, con un enfoque amplio y funcional, que el derecho de seguros y la doctrina latinoamericana estaba necesitando.

DR. WALDO SOBRINO

San Isidro, 20 de Diciembre de 2019

1. RESEÑA HISTÓRICA DE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RIESGO

Históricamente, no se comienza a hablar de *riesgo* hasta la modernidad, en lo que fue la transición de la Edad Media Temprana a la Baja Edad Media. Esta noción de riesgo se utilizaba en contextos particulares como la navegación y las travesías de comercio, por lo que es ineludible pensar el nacimiento de la actividad aseguradora precisamente en consonancia con el advenimiento de los riesgos de la navegación.

En ese período también se produjeron, entre otros, el nacimiento de la cultura carolingia, el florecimiento de la cultura islámica con sus avances en el ámbito de la medicina, las matemáticas y el arte, incluidas las grandes obras asociadas a la escolástica y al renacimiento de las ciudades, entre otros. Estos cambios culturales generaron la posibilidad de que las sociedades calificaran y clasificaran las distintas actividades humanas. Para ilustrar esta efervescencia, se puede mencionar que en aquellos tiempos se registró una importante contaminación preindustrial en campos y ciudades, que fue secuela de la destrucción de miles de hectáreas de bosques con la finalidad de habilitar tierras agrícolas y disponer de madera para ser utilizada como combustible, sumándose a ello la contaminación atmosférica, generada por el uso cotidiano del carbón, y de las aguas, por el vertido de residuos procedentes de la faena de animales y del uso del tanino. Esta actividad generadora de daños motivó que el Parlamento inglés dictara la primera ley antipolución que data de 1388[1].

Estas primeras consideraciones sirven para dar cuenta de un proceso de evolución social permanente que se vio influenciado con mayor velocidad cuando el conocimiento, la tecnología y la cultura tienen mayor desarrollo. En la actualidad, esa evolución se verifica con una intensidad asombrosa en razón del acceso a las nuevas tecnologías y de cómo las mismas impactan en nuestras vidas desde todo punto de vista, como un claro exponente de lo que llamamos “sociedad posindustrial”.

El derecho no es ajeno a este tiempo de cambios, aunque, vale decirlo, la respuesta que se da, llega de manera tardía al requerimiento que demandan las sociedades en virtud de los cambios o riesgos que se generan y, en este

sentido, el concepto sobre la Responsabilidad Civil y sus funciones también inciden en los mismos.

En las denominadas sociedades modernas avanzadas se produce una coexistencia problemática entre dos realidades que resultan indisociables. Por un lado, se da una expansión de las opciones de obrar disponibles para sus integrantes y, por el otro, se verifica la expansión de los riesgos que tales opciones representan. Esto sucede porque, con la pretensión de realización de los fines de la modernidad –libertad, bienestar, democracia–, crece asimismo la incontrolabilidad de las consecuencias perversas de una modernización que paradójicamente tiene el riesgo de alejarse de tales fines[2]. En tal sentido, vemos cómo la exclusión del modelo social aumenta de manera descontrolada para vastos sectores de la población como una consecuencia inevitable aunque, ante todo, indeseable.

Vale decir, entonces, que la sociedad va asumiendo distintos riesgos en función del grado de evolución que en determinado momento histórico se pretende alcanzar. De hecho, lo que las sociedades tradicionales atribuían a la *fortuna*, a una voluntad metasocial –divina o al destino como temporalización perversa de determinados cursos de acción–, las sociedades modernas lo atribuyen al *riesgo,* el que sin dudas representa una secularización de la fortuna y que resulta ser un término forjado para observar y afrontar la incertidumbre de un daño.

Así, por ejemplo, no es lo mismo ver la enfermedad como un riesgo (y además provocada por actividades riesgosas), que como una prueba o derivación de un castigo divino, o como resultado de prácticas mágicas. Antiguamente, la enfermedad siempre fue un problema personal, familiar o social cuando existieron epidemias, pero no tenía dimensión jurídica. No existía un derecho a la salud. De igual modo, la pobreza constituía más un problema personal que se atribuía a la fatalidad, al designio divino, como la consecuencia de ciertos comportamientos que se afrontaban con la caridad o la beneficencia. Más tarde se convirtió en problema político con la aparición del Estado social, quien debió interpretar el riesgo generado en virtud del sistema económico social vigente.

Así como existe esta problemática respecto de los riesgos que se generan en función de las opciones de obrar, también cabe destacar que no existe ninguna conducta libre de riesgo[3], y que el mismo (en cuanto constructo

social histórico), fue surgiendo como resultado de lo que la sociedad consideró en cada momento como *normal* y *seguro*[4].

Podríamos suponer que si no existiese ninguna decisión libre de riesgo, la esperanza de más investigación y más conocimiento nos llevaría del riesgo a la seguridad, pero la experiencia práctica nos muestra lo contrario: "cuanto más se sabe, más se sabe que no se sabe, y por tanto se forma una conciencia del riesgo"[5]. Y es que la elección (decisión) que se realiza siempre incluye al riesgo, que en definitiva representa la posibilidad de que no ocurra lo esperado, de que ocurra "lo otro de lo esperado" (la contingencia)[6], es decir, de que lo improbable devenga probable.

En efecto, así como el progreso cultural provoca la reducción de riesgos totales en ciertas áreas y modos de vida, en simultáneo va introduciendo nuevos parámetros de riesgo desconocidos parcial o totalmente en épocas anteriores. Estos parámetros incluyen riesgos de elevadas consecuencias; riesgos derivados del carácter globalizado de los sistemas sociales de la modernidad (catástrofe ecológica, derrumbe del sistema económico global, pérdida de la privacidad, etc.)[7].

Es por ello que debemos señalar que, así como la sociedad industrial de clases se centraba en la producción y distribución de la "riqueza" de los recursos; esta *sociedad del riesgo* se estructura en torno a la producción, distribución y división de los riesgos[8] que surgieron como consecuencia de la modernización industrial.

Ulrich Beck indica que la transición de la sociedad industrial a la sociedad del riesgo se consuma como no deseada, como no pretendida, y adopta la forma de una dinámica modernizadora independiente *(velselbständigt)* bajo el modelo de *consecuencias colaterales latentes*; quedando como respuesta para minimizar las mismas lo que "A. Wildavsky" describió como dos estrategias universales para obtener seguridad, para calcular, medir y determinar los riesgos que operan ampliamente en áreas muy variadas entre las que destaca a la regulación jurídica de agravios.

La primera estrategia es la "capacidad adaptativa" *(resilicence),* y la segunda la "anticipación". La capacidad adaptativa opera con arreglo al principio de ensayo y error: un sistema actúa primero y corrige los errores cuando aparecen y así acumula seguridad a través del aprendizaje. La anticipación opera de forma opuesta: un sistema intenta evitar previamente las amenazas situadas como hipótesis y no permite ensayos sin garantías

previas contra el error. Resumiendo *"No safety without risk"*[9]. Y es que la seguridad es tan solo el correlato positivo del riesgo y está planteada en función del riesgo. Luhmann señala que cada vez que se procura la seguridad se asiste a una revancha del riesgo y así cuanta más prevención, más riesgo.

De ese modo la prevención se entiende como una preparación contra daños futuros no seguros ya sea porque la probabilidad de su producción disminuya o porque las dimensiones del daño se reduzcan. De allí, la importancia del aseguramiento ya que se está más dispuesto a participar de un proceso cuyo resultado es incierto cuando se tiene la protección de un seguro, aunque a lo único que se puede aspirar no es a dar seguridad sino a absorber la inseguridad en base a la percepción de los riesgos que se corren. En definitiva, se trata de manejar la relación existente entre los riesgos previstos y asumidos, con los desconocidos o imprevistos. Con lo que, finalmente, la búsqueda de seguridad se convierte en percepción y aceptación del riesgo ya que no se garantiza la seguridad, sino que se trata de acciones destinadas a contener a la inseguridad.

En este esquema, si existe una inseguridad respecto a posibles daños futuros y entendiendo que la misma debe atribuirse a esa decisión adoptada por el sujeto al seleccionar su actividad, la misma se denomina como riesgo en sentido estricto; en cambio, cuando el daño es producido por el entorno del sistema, es decir, externamente, nos debemos referir entonces a la noción de peligro.

Y es que el concepto de riesgo fue forjado para reducir al mínimo el arrepentimiento, para no detener la circulación de las mercancías, para poder repetir las acciones arriesgadas. Y, sobre todo, mientras que el peligro era atribuido a una instancia divina a la que no se le podían pedir responsabilidades, el riesgo, mediante su cobertura o aseguramiento, es atribuible a una instancia (empresa o persona) situada en el mismo nivel contractual.

En la estructura de los daños como consecuencia de determinadas decisiones dentro de las sociedades modernas, hay que distinguir dos aspectos importantes: por una parte, aquellos que deciden sobre un curso de acción específico y, por otra parte, aquellos afectados (víctimas en algunos casos) por esas decisiones. En el caso de una auto-atribución de los daños hablamos de *"riesgo"*, teniendo en cuenta que se producen como consecuencia de la propia determinación y afectan sólo a la toma de la

decisión; pero en el caso de una atribución de los mismos "a terceros" hablamos de *"peligro"*, noción que opera cuando los daños se atribuyen fuera del propio control y afectan a otros que no son los que han decidido, es decir, cuando los daños son ocasionados externamente a la determinación y afectan al entorno (humano o material)[10].

Estas circunstancias hacen que se produzcan tensiones entre los que deciden y los afectados, ya que éstos se encuentran excluidos de las disposiciones, aunque no de las consecuencias, razón por la que se verifica la necesidad de transformar esos peligros en riesgos; advirtiéndose que la ampliación de la responsabilidad ha surgido como consecuencia de la evolución social en relación con los riesgos creados.

Este proceso se impulsa por el vertiginoso auge de la circulación de bienes económicos a escala global y las innovaciones tecnológicas que resultan ser las mayores productoras de riesgos en la sociedad moderna[11].

De allí la importancia y el incremento de la actividad aseguradora en el presente y futuro, ya que siguiendo con el análisis que realiza Luhmann, "los seguros no crean seguridad de que la desgracia no ocurrirá. Sólo garantizan que no se modificarán las circunstancias patrimoniales del afectado". De tal forma "todos los peligros contra los que uno podría asegurarse se transforman en riesgos"[12] susceptibles de ser reparados.

Está claro que esta tendencia a descargar todos los riesgos en la economía y dejarlos desaparecer detrás de las indemnizaciones que surjan como resultado de esa ampliación de la responsabilidad resulta, cuanto menos, peligrosa por la simplificación que de ello se desprende.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL – DE LA LEY DEL TALIÓN A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Los conceptos trabajados anteriormente desde una perspectiva histórica tuvieron, a la vez, su correlato en el mundo disciplinar del Derecho.

El Derecho ha existido como una herramienta fundamental para la moderación del instinto de los hombres frente a la causación de daños. Desde la vigencia de la "Ley del Talión", y aunque hoy nos parezcan excesivas sus disposiciones (ojo por ojo, diente por diente), en aquellos tiempos la misma representó un verdadero límite a los excesos de los castigos motivados por la venganza.

Posteriormente, ese sistema de la responsabilidad punitivo sancionador, cuya finalidad estaba en hacer recaer sobre el sujeto dañador una pena de igual gravedad y extensión que el daño por él causado, fue evolucionando para dar lugar a un sistema reparador que, por medio de una retribución económica, compense el perjuicio sufrido por la víctima.

La imputación de la responsabilidad surgía exclusivamente como consecuencia de un acto antijurídico que causaba un daño que ha de ser reparado, razón por la que la subjetividad se asentaba en la culpabilidad del autor.

Así las legislaciones establecieron, en principio, la culpabilidad como requisito para la aparición de la responsabilidad, requisito que, ya sea por las presunciones en contrario o por la inversión de la carga de la prueba establecidas en las distintas legislaciones, fue de alguna forma objetivándose, alentado por la simplificación del proceso que implica entender la responsabilidad civil como una institución meramente reparadora.

Esa "objetivación" de la culpabilidad no hizo más que acompañar la evolución del concepto de riesgo como fue advertido en los capítulos anteriores, llegando a establecerse en el auge de la sociedad industrial la necesidad de adoptar un sistema que prescinda del requisito de la culpa como punto de partida, especialmente como consecuencia de la innumerable aparición de daños causados por las máquinas que restringen la posibilidad del reproche subjetivo a persona alguna.

En estas circunstancias, se comenzaron a regular actividades que, aunque legales y que otorgaban un beneficio a la sociedad, podían generar daño. Se empezó a exigir, para que se concrete la imputación de responsabilidad objetiva, la existencia de una relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Vale decir, entonces, que este nuevo sistema de responsabilidad civil objetiva implicaba la obligación de reparar los daños que se produjeran como concreción de los riesgos de determinadas actividades sin que resultara necesario evaluar la diligencia del sindicado responsable identificado en las normas. En verdad, y teniendo en consideración que principalmente no se trataba de responsabilizar actividades ilícitas, este sistema no establece *"auténticos"* supuestos de responsabilidad, sino una obligación legal de reparar.

Está claro que el sistema de responsabilidad civil ha ido ampliándose no solo conforme a este proceso de objetivación, sino también gracias a la existencia de un proceso de extensión producido con la crisis del Estado liberal y el advenimiento del constitucionalismo social por el que se ha fomentado el surgimiento de derechos fundamentales en aras de la protección de la persona y su dignidad (derecho a la salud, a la protección del ambiente, etc.). Así vemos que los sistemas de responsabilidad civil resultan concebidos como mecanismos tendentes a garantizar la estabilidad y la integridad patrimoniales, más que a reforzar el cumplimiento de determinadas normas de conducta.

La protección de la salud o el medioambiente, el honor o la intimidad, supone admitir la insuficiencia de la función clásica de la responsabilidad civil, exhibiendo la necesidad de un rol preventivo ante el daño. De hecho y tal como lo señala López Herrera, "en los casos de daños corporales o lesiones al honra o a la intimidad, es poco probable que a una persona le dé lo mismo ex ante quedar inválido o ser indemnizado, o decidir de antemano ser calumniado por un periódico a cambio de recibir una buena suma de dinero".

3. LA PREVENCIÓN COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD

En sintonía con estos postulados, no fue casual que aparezca la idea de la prevención. Como dijimos, esa tendencia a simplificar los resultados de la ampliación de la responsabilidad, dejándolos desaparecer tras las indemnizaciones que surjan por el aseguramiento de los riesgos, resulta por lo menos preocupante, ya que se deja de tener en consideración el eventual daño que se puede producir porque los bienes no son atesorados sino que se aseguran. El surgimiento de la prevención se da porque la acción se convierte en daño, convirtiéndose en dinero por medio de la cobertura indemnizatoria y éste permite el reinicio de la actividad. Lejos de detener la circulación, el riesgo alimenta nuevas decisiones arriesgadas. Este reflujo de las decisiones a su punto de partida no depende del advenimiento o no de la contingencia, sino del aseguramiento o no del daño que se encuentra latente.

En este orden de ideas, deviene necesario, como dice con énfasis el distinguido Prof. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, el derecho de las personas a no ser víctimas, la insuficiencia de la reparación monetaria ante algunos daños que son insusceptibles de reparación, la necesidad de los actores sociales en su conjunto de apegarse al respeto de uno de los tres *"iuris praecepta"* de Ulpiano *"alterum non laedere"* (no dañar al otro)[13]. Así, indica "hoy se habla de un arquetípico derecho de no llegar a ser víctima –o a no ser víctima o a no ser dañado–, correlativo de un deber de no dañar, de milenaria inspiración *(alterum non laedere)"*[14].

Como señala el destacado jurista colombiano, "No es entonces de recibo, (…) centrarse en el daño únicamente, como una prioridad de la responsabilidad, pues si de prioridad se trata, a fuer de proteger de mejor y oportuna manera, es necesario brindarle esmerada atención a la prevención y, de contera, a la evitación. Por ello ya no ocupa un modesto y secundario papel, cuando lo ocupaba –lo que era muy eventual y de paso residual–. Hoy, en cambio, es el genuino norte de la ciencia jurídica, en asocio con la ética, un binomio que se interesa en que el daño no haga su lacerante aparición, pero que si lo hace, en todo caso, se adopten las medidas encaminadas a amortiguar sus efectos, mediante la referida mitigación"[15].

En igual sentido, el profesor Gustavo Ordoqui, con apoyo en el postulado *alterum non laedere*, indica que, "… cuando lo que importa es no dañar a otro, prevenir el daño se impone. Por aquello de que 'más vale prevenir que lamentar', también en este ámbito 'más vale prevenir que dañar'. Así el derecho de daños no actúa sólo después de [l] daño sino antes, tratando de evitar que ocurra, máxime cuando están en juego valores esenciales de la persona humana, como la integridad, el honor, donde, como es claro, no siempre el dinero indemnizatorio elimina el daño causado"[16].

La profesora Matilde Zavala de González sostiene que "El daño menoscaba la vida, mientras que prevención y reparación la favorecen. El derecho es para la vida, y la justicia viva es la única verdadera", de lo que colige, no sin motivo atendible, que se puede entender que existe "[…] un derecho a no ser víctima […] el derecho de daños no versa únicamente sobre los perjuicios y sus consecuencias jurídicas, sino que se ha expandido como un derecho sobre los derechos que no deben ser dañados […]: es un derecho a la preservación y no únicamente un Derecho de la reparación"[17].

Desde ya, el concepto de preservar es más beneficioso que la reparación, dado que la misma ocurre ex ante, mientras que la reparación resulta una solución *ex post*, y el derecho debe priorizar opciones *ex ante*, que impidan una alteración en el derecho de las personas.

Como bien indican profesores Félix A. Trigo Represas y Marcelo López Meza, "la función preventiva de la responsabilidad civil involucra dos diversas facetas que cargan sobre las espaldas de dañadores y dañados dos diferentes deberes jurídicos que no deben descuidarse: la evitación del daño y la reducción de sus consecuencias. Toda persona, sea sujeto activo o pasivo del daño, carga sobre sí con estos dos deberes jurídicos". Sobre esto se sostiene que "[…] las dos vertientes de la funcionalidad preventiva de la responsabilidad civil confluyen en cuanto a las consecuencias de su desobediencia: quien no hace lo que está a su alcance para evitar el daño o reducir sus consecuencias, carga con la responsabilidad por los perjuicios que se hallen en relación causal adecuada con su conducta. La responsabilidad civil tiene una función preventiva básica o fundamental que se cumple al establecer claramente elevadas exigencias de diligencia y previsión.

Quien tiene sobre sí una carga de previsión de cierta importancia, está obligado a agudizar la imaginación para evitar posibles y futuros daños, de modo de no ser responsabilizados por ellos"[18].

Así Aída Kemelmajer de Carlucci[19] ha incluido la función preventiva, sin orden de prelación entre las funciones de la responsabilidad civil, siendo ello al final coincidente con la postura que suscribe Ricardo de Ángel Yaguez acerca de la teoría de la pluralidad racional de funciones: "*Si se desgaja del fenómeno de los daños cuando indica […] la idea de responsabilidad en su acepción clásica […] no hay ningún inconveniente –en mi entender– en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras"*[20].

Es claro, entonces, que existe el deber de reconocer un espacio legítimo y no falseado o de distinta categoría a la prevención, a fin de que la evitación del daño se convierta en una auténtica consigna, demostrando que es necesario ampliar las fronteras clásicas del daño.

El profesor brasilero José de Aguiar Dias, señala acertadamente que el *"[…] instituto de la responsabilidad civil es esencialmente dinámico, tiene que adaptarse en la misma proporción en que evolucione la civilización, tiene que estar dotado de flexibilidad suficiente para ofrecer, en cualquier época, el medio o procedimiento por el cual, frente a nueva técnica, nuevas conquistas, nuevos géneros de actividad, asegure la finalidad de restablecer el equilibrio deshecho a causa del daño, considerado, en cada tiempo, en función de las condiciones sociales entonces vigentes"*[21].

En Argentina, la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial ha reformulado la visión clásica de la responsabilidad civil, ya que propicia un régimen expreso para la prevención de los daños, como abordaremos más adelante, e impulsa un movimiento que reformula la responsabilidad civil, ampliando la reparación como única alternativa frente a la lesión de intereses subjetivos y admitiendo la necesidad de acudir a la prevención como un estadio previo y necesario en la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

4. LA ACCIÓN DE DAÑO CONTINGENTE EN CHILE, COLOMBIA Y ECUADOR

La introducción innovadora de la acción por daño contingente en la codificación fue realizada por el excelso jurista venezolano Andrés Bello que dejó plasmado en el Código Civil Chileno, adoptado luego con modificaciones por Colombia (art. 2359), Ecuador (art. 2236) y El Salvador (art. 2084), específicamente en su art. 2333 dice: *"Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace apersonas indeterminadas, pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de éstas podrá intentar la acción".*

Es que hasta ese momento, y salvo casos excepcionales como fue referenciado al inicio con la redacción de algunas leyes antipolución[22], en la esencia de la concepción clásica de la responsabilidad civil había prevalecido la necesidad de reparar el daño ocasionado, centrando el análisis en los presupuestos de procedencia para la formulación del juicio de reproche hacia el responsable de reparar el perjuicio.

En los distintos ordenamientos, la acción a la que hace referencia el artículo se encuentra referida al daño contingente, es decir, a aquel "que puede suceder o no suceder", razón por la que si se trata de daños ya producidos o daños futuros irreversibles, no resulta procedente esta acción, sino que será de aplicación la acción reparatoria que corresponda.

4.1. La amenaza de daño

Cuando el profesor chileno Dr. José Luis Díez Schwerter[23] aborda el análisis del daño contingente, señala que la norma exige que exista una amenaza a personas determinadas o indeterminadas, razón por la que deben existir presunciones ciertas de la inminencia del daño temido.

Consecuentemente con dicho criterio, la doctrina y jurisprudencia de ese país ha manifestado la exigencia de una "inminencia clara y probada"[24], una "probabilidad razonable y concreta"[25], una "posibilidad o peligro inminente"[26], un "riesgo actual, real y comprobable"[27], una "situación de peligro de la cual puede derivarse razonablemente un daño resarcible

(riesgo)"[28] si no se imponen medidas destinadas a precaverlo. Como bien expresa Corral Talciani, no basta entonces que el daño sea "meramente hipotético o posible, es necesario que sea más que probable"[29].

No menos cierto es que para la determinación de la presencia del daño contingente, es preciso valorar objetivamente las cuestiones de hecho que circundan el caso. En tal sentido, se han llegado a receptar demandas luego de establecerse la existencia de una amenaza clara que, de permanecer la situación, ocurrirá como perjuicio. En ese caso la manda fue direccionada a efectuar una conducta positiva *(facere)* que prevenga el daño contingente. Sirve para ilustrar este punto en el caso titulado "Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. con Sociedad Agrícola ARC Holding Ltda", donde se ha decidido, por ejemplo, que "en las condiciones que se encuentra el inmueble [sitio no cercado, con escombros, basuras y en cuyas inmediaciones existen algunas casas] tal como lo reconoce la demandada, existe una amenaza clara que, en el evento de permanecer en la situación en que se halla el bien raíz, ocurrirá el perjuicio que se trata de evitar a través del ejercicio de la acción entablada constituido por un daño contingente a la integridad física y psíquica de los demandantes, en cuanto actores populares"[30]; siendo que también se ha determinado la necesidad de realizar una conducta omisiva *(non facere),* como por ser de seguir realizando una actividad que conlleva una amenaza para la seguridad de terceros; así se ha establecido que "no puede sino concluirse la existencia de una amenaza clara en cuanto a que de continuar utilizándose en los días de bajas temperaturas múltiples y dispersos focos de fuego en lugares estratégicos del Fundo Tapihue, para prevenir daños en los viñedos, puede razonablemente provocarse el perjuicio que se busca evitar, esto es, colisiones por falta de visibilidad en los conductores usuarios de la Ruta 68, daño contingente que, por cierto, afectaría la integridad física de éstos. Se trata de un daño futuro que bajo condiciones climáticas adversas, como ya aconteció el 12 de octubre de 2011, se torna cierto y predecible, pues representa una probabilidad concreta de que el daño se produzca, esto es, existe una convicción razonada y lógica de que sucederá y, por tanto, se verifica en este escenario fáctico la necesaria vinculación entre el daño que se pretende evitar y la conducta infractora acreditada"[31].

A contrario sensu, en Chile se vio frustrada la acción por daño contingente si "no ha podido acreditarse en autos la vulneración por parte de la demandada [Empresa de Ferrocarriles del Estado] a las medidas de seguridad

que está obligada a implementar en el cruce Diagonal Bío Bío, y que ellas pongan en peligro la seguridad de los usuarios del cruce ferroviario"[32], añadiéndose en sede de apelación que "resulta insuficiente para que se configure el daño contingente, la situación de riesgo general ocasionada por actividades que, en sí mismas, resultan potencialmente lesivas para las personas, como el transporte ferroviario"[33]. Útil es tener presente, en este punto, el desarrollo que al concepto de amenaza se ha dado en materia de recurso de protección, donde un elevado número de acciones se han deducido denunciando amenazas a los derechos señalados en el artículo 20 de la Constitución chilena a fin de impedir su consumación, entendiéndose que aquélla representa "un peligro inminente, cierto y actual de que el hecho nocivo pueda efectivamente ocurrir en el tiempo próximo"[34].

A nuestro entender coincidimos en que el requisito de inmediatez del daño resulta imprescindible para valorar correctamente la amenaza del daño contingente ya que, tal como lo expresa el Prof. Dr. Roberto Vázquez Ferreyra, "la sociedad no está dispuesta a evitar absolutamente todo daño a cualquier costo. Así, por ejemplo, la mejor manera de evitar accidentes viales sería prohibiendo la circulación de vehículos, lo que resulta tan absurdo que no es necesario explicarlo"[35].

4.2. Tipos de daños contingentes contemplados

En su trabajo "De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil", el Dr. Molinari Valdés señala que debido a la "gama ilimitada de posibilidades de dañar, amparar a la persona significa sin dudas amparar su vida y su salud"[36] y que la acción procede en esos casos, como en aquellos donde se vea afectada su imagen, honra incluyendo también el derecho a la propiedad, por cuanto "si el titular de este derecho es la persona y por lo tanto es su propiedad la que se daña, lo que se daña, se daña para el titular del derecho, en otros términos, para la persona. Piénsese, por ejemplo, en el dueño de un fundo, que tiene ganado vacuno que toma agua todos los días de un río como única posibilidad de beber, y el dueño o capataz del fundo toma conocimiento de que una empresa minera vierte sustancias peligrosas para los animales. La enfermedad de los animales, la muerte de ellos, ¿no representa un daño a la propiedad del dueño? ¿No se está afectando acaso un derecho que le corresponde a su persona?"[37].

Pese a que sería deseable suscribir ese criterio, a nuestro entender, las normas están referidas exclusivamente a la amenaza a personas ya que en las mismas se señala "en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción", razón por la que sólo se estaría refiriendo a la amenaza a personas. Además, el art. 2084 del Código Civil de El Salvador agrega"… a personas determinadas, o a sus propiedades". No obstante nuestra opinión, también el Dr. Corral Talciani señala que la amenaza de daño protegida por la norma puede ser de cualquier naturaleza[38], ya que conforme la jurisprudencia se ha resuelto que "el interés que da lugar a la acción sería la protección del derecho a la integridad física, a la salud o propiedad de los sujetos de la comunidad", pues el art. 2333 lejos de efectuar distinciones o exclusiones declara expresamente que opera "por regla general, en todos los casos de daño contingente", teniendo entonces un vasto ámbito de aplicación, aunque el daño temido deberá cumplir con los caracteres de ilicitud y anormalidad propios del daño extracontractual[39].

Normalmente, se ha relacionado el concepto de daño contingente con consecuencias materiales, como la caída de un edificio que amenaza ruina o de un árbol mal arraigado, pero según sostiene la doctrina, el Código no hace ninguna distinción respecto de la naturaleza del perjuicio. Todo daño puede ser objeto de la responsabilidad preventiva. En igual sentido, Alessandri destaca que: *"Como el art 2333 es suficientemente amplio –se refiere a todos los casos de daño contingente sin distinguir–, la acción que confiere puede ejercitarse cualquiera que sea la clase o la naturaleza del daño que se teme"* Más recientemente, Abeliuk reconoce que *"cualquier persona puede recurrir al juez solicitándole que tome medidas de prevención cuando exista un daño que fundadamente ese tema"*, aunque señala que no será una acción indemnizatoria.

En síntesis, la acción contingente que surge del Código no resulta una acción indemnizatoria ya que, si se acoge una demanda deducida por una persona amenazada que sólo actúa en su propio interés, tendrá únicamente derecho al pago de las costas según las reglas generales, mas no a las demás prestaciones que reserva el artículo 2334 para los casos en que sea planteada como una acción popular. Para ellas se señala, *"Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas, será el actor*

indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados". Por lo expresado queda claro que el objeto de la acción por daño contingente no puede tener por finalidad exclusiva una reparación en dinero, tratándose de una acción de responsabilidad con tutela anticipada, ya que como todavía no existe daño, sino sólo una amenaza de éste, mal podría pedirse y/o decretarse una reparación in natura o por equivalente (sea o no dinerario) de un daño contingente.

En Ecuador, la jurisprudencia ha desconocido casi en absoluto la existencia de esta acción[40]. No obstante, debe destacarse el famoso caso María Aguinda y otros vs. Chevron Corporation, en el cual se acogió la demanda "firmada por 42 ciudadanos" quienes, ante una situación de contaminación peligrosa por actividad petrolera que afectaría a más de 30.000 personas indeterminadas pertenecientes a grupos humanos diversos en la Amazonía ecuatoriana, accionaron invocando –entre otros preceptos– el entonces artículo 2260 C.C., actual artículo 2236 C. C[41].

La indemnización que fue determinada en la sentencia fue destinada a financiar las medidas necesarias y tendientes a la "eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía el ambiente y la salud de los habitantes", y a la reparación de los daños ambientales al amparo de las disposiciones de la Ley de Gestión Ambiental de ese país.

Asimismo, en dicho fallo se justificó la aplicación del artículo correspondiente al daño contingente señalándose que "esta posibilidad de sufrir un daño, que en este caso amenaza a personas indeterminadas, no deben padecerla indefensos los amenazados por el daño contingente, porque el legislador ha previsto sabiamente (art. 2336 Código Civil) el ejercicio de la acción popular que están ejerciendo", añadiéndose que "la norma civil no llega al distingo entre daño civil y daño ambiental, simplemente se refiere a la situación particular de un daño continente, sin limitar la naturaleza o esencia misma del daño"[42].

En Colombia, la acción prevista estuvo prácticamente olvidada en la doctrina y en los fallos judiciales[43], rescatándose de entre los escasos antecedentes jurisprudenciales una demanda iniciada por los padres de un niño fallecido contra el Departamento de Boyacá como consecuencia de una explosión de dinamita usada en tareas de extracción de piedra realizadas por

el demandado Departamento de Boyacá, el cual fue condenado al pago de una indemnización por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados. También se estableció, en virtud de lo señalado en el art. 2359 C.C. Col. abstenerse de continuar con dichas tareas *"en las condiciones imprudentes en que lo venía haciendo"*, disponiéndose sobre el particular que *"para la explotación futura habrá, pues, de sujetarse a las disposiciones de Policía que reglamenten la materia"*.

4.3. Culpabilidad y relación de causalidad

Las legislaciones exigen que de parte del agente exista culpa "en todos los casos de daño contingente por imprudencia o negligencia de alguien". Vale decir, entonces, que la amenaza debe producirse por una acción o por una omisión que sea imputable al demandado que haya infringido su deber de cuidado, produciendo la amenaza o inminencia del daño, y sin exigir un grado específico de culpa por el que se deba responder.

Claro está que con mayor razón será procedente la acción si existe dolo en la omisión o realización de la actividad generadora de la amenaza por parte del demandado.

En base a lo expuesto, cabe concluir que es improcedente la acción por daño contingente del artículo 2333 del CC si éste emana de un hecho de la naturaleza o de una conducta ajena a la cual no pueda atribuírsele culpa ni dolo, sin perjuicio que pudieran concurrir a su respecto otras acciones dirigidas a precaver daños que no exijan esos factores de imputación subjetivos.

Por lo indicado, la relación de causalidad deberá acreditar que la amenaza del daño sea producida como consecuencia de ese comportamiento descuidado del demandado responsable. Si esta relación existe (hipotéticamente), debe afirmarse la causalidad entre la amenaza y el hecho activo u omisivo del agente.

4.4. Legitimación pasiva

Está legitimada pasivamente toda persona física o jurídica del ámbito privado o público: no existen excepciones al respecto dispuestas en el Código, es decir, contempla a quienes tengan el deber de suprimir una situación de amenaza o de riesgo inminente de un daño a otra persona. En todo caso, debe tenerse presente que como la acción tiene por finalidad

precaver un daño contingente, el legitimado pasivo deberá ser un sujeto que por sí o por terceros que actúen por él, esté en condiciones de prevenirlo, es decir, que tenga el control de la situación que genera la amenaza de daño.

Así las cosas, si por culpa o dolo se genera y se mantiene una amenaza de daño, la acción de daño contingente podrá dirigirse en contra de quien sea imputable por su acción u omisión siempre y cuando esté en condiciones de hacerla desaparecer ya que si, por el contrario, el sujeto perdió el control de la situación, será ineficaz la demanda por esta vía porque él mismo se encuentra imposibilitado de cumplir la eventual sentencia condenatoria que tiene una finalidad preventiva, ello sin perjuicio de que responda por su acción u omisión si el daño se consuma, ya que se trata como dijimos, de una acción precautoria y no indemnizatoria.

4.5. Legitimación activa

Como se deduce de los ejemplos expresados hasta el momento, las legislaciones reconocen dos tipos de legitimación, a saber:

a) Acción individual

Si el daño contingente amenaza a personas que están determinadas, sólo a éstas compete la acción: "si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción", por lo que cualquiera de los amenazados por el daño contingente podrá solicitar la adopción de las medidas preventivas que sean necesarias para suprimir la amenaza del daño para todos.

b) Acción popular

Si la amenaza resulta indeterminada respecto de las personas que pueden sufrir sus consecuencias, no siendo posible identificar a los afectados, y alcanza a cualquier persona indeterminada que se exponga a la situación amenazante, las leyes conceden una acción popular: "Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien (alguno) amenace a personas indeterminadas".

En estos casos, está previsto que el ejercicio de la acción popular tenga una consecuencia económica. Como ya mencionamos, las legislaciones establecen que "si las acciones populares a que dan derecho los artículos

precedentes, parecieren (en Colombia, “se declararen”) fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y la diligencia empleados en ella”, importes que serán evaluados y determinados por el arbitrio del juzgador.

Además, se señala que dichas indemnizaciones son “sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados”.

5. LA PREVENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

Como lo hemos señalado, en Argentina la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en 2015 ha propiciado un régimen expreso para la prevención de los daños. El código Civil de Vélez Sarsfield no contemplaba el deber de evitar el daño o disminuir el ya producido ex post, ya que partía de la concepción decimonónica de la responsabilidad civil que surgía a partir del auge del liberalismo e implicaba una intervención pública mínima, en donde los comportamientos de las personas no estaban restringidos por prescripciones previas generales o particulares sino que la actividad se desplegaba libremente y solo sus consecuencias "ex post" se traducían en una sanción o reacción frente al daño, como una simple acción reparatoria del perjuicio causado, tratándose de una consecuencia residual de la actividad desplegada[44].

De allí que resulte necesaria una mirada antropocéntrica que deje de lado la simplificación de la cosmovisión materialista y la injustificada necesidad de la reducción de costos que tiene por única finalidad un incremento de las ganancias a cualquier precio, y que justifica plenamente la función preventiva del Derecho de Daños.

Pese a esta circunstancia y teniéndose en consideración que uno de los tres grandes principios de Ulpiano *("alterum non laedere")* viene de larga data y ante la inexistencia de normas específicas en el código civil que impusieran el deber de evitar o mitigar los daños, los tribunales supieron encontrar su integración echando mano del art. 19 de la Constitución Nacional, que refiere que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Precisamente, cuando refiere "que no perjudiquen a un tercero", está dando cuenta, por antítesis, de que cuando se viola el deber de no dañar al otro, el mismo no está exento de la autoridad judicial.

Tampoco existía una disposición concreta que contemplara el deber de evitación en el código velezano, por lo habitualmente la doctrina se refería al

deber genérico de la buena fe en el cumplimiento de los contratos derivado de la interpretación del art. 1198 del código derogado, siendo que una de las primeras disposiciones que específicamente habla del deber de mitigación y evitación de los daños se encuentra en el primer párrafo del artículo 72 de la ley de Seguros 17.418 en la denominada "*Obligación de salvamento"* que señala que "el asegurado está obligado a proveer lo necesario, en la medida de las posibilidades, para evitar o disminuir el daño y a observar las instrucciones del asegurador. Si existe más de un asegurador y median instrucciones contradictorias, el asegurado actuará según las instrucciones que aparezcan más razonables en las circunstancias del caso".

Con la codificación vigente a partir de 2015, se reconocen expresamente tres funciones de la responsabilidad civil: *prevención, resarcimiento y punición (o sanción);* ello significó recoger la necesidad de extender las fronteras de la responsabilidad civil, en razón de la insuficiencia de la finalidad reparatoria a que hemos hecho referencia ya que como dijimos, aunque el conflicto individual quede "solucionado" por la reparación, lo cierto es que muchas veces la misma no resulta comprensiva de las pérdidas que pueden producirse. Además el hecho dañoso "importa una pérdida irremediable para la sociedad en su conjunto: un valor positivo, de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, se pierde para el conjunto; y el resarcimiento no borra esa merma, pues, en definitiva (por una cuestión de estricta justicia), se traslada al civilmente responsable"[45].

En realidad, una única sanción resulta insuficiente para reparar los daños, por lo que hay que evitar que el perjuicio llegue ya que está, en verdad, fuera del alcance de la simple sanción y de la reparación, que justifican la prevención como un mecanismo de protección *"ex ante"*. Conforme bien lo indica Maríe Anne Frison-Roche, "el *ex ante* es la intervención sobre un fenómeno antes de que éste se cristalice, mientras que el *ex post* es la intervención sobre un fenómeno después de su advenimiento. El *ex ante* manifiesta la voluntad normativa, el *ex post* manifiesta la reacción. El *ex ante* manifiesta lo general, el *ex post* manifiesta lo particular. El *ex ante* toma como principio el gobierno de las acciones, el *ex post* toma como principio la libertad de las acciones"[46]. Desde el punto de vista jurídico, el *ex ante* evoca la figura de la ley. A partir de allí, el comportamiento que trata es dictado por la prescripción o por la prohibición antes de que la persona actúe. Si el

comportamiento no está conforme con la prescripción general, ya sea una obligación de hacer o de no hacer; entonces, el que obró será sancionado[47].

5.1. Jerarquía Constitucional y la aplicación de la función preventiva en el Cód. Civil y Comercial

José Mario Galdós indica que la jerarquía constitucional del derecho a la prevención deriva de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, que expresamente prevén la tutela de la prevención de los consumidores y usuarios para la protección de la relación de consumo, el ambiente, la transparencia de mercado y la competencia[48]. Allí se señala que la prevención anida en el deber general de diligencia que pesa sobre todo ciudadano como contrapartida de su derecho a la seguridad, de origen constitucional, que protege la vida y la salud de las personas muy especialmente en la relación de consumo, conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[49].

Entre los artículos 1710 y 1713 del CCyC se establece la función preventiva de la responsabilidad civil. Y no se trata solamente de la consagración del deber general de prevenir los daños del artículo 1710, sino que en los artículos 1711 a 1713 se emitió un instrumento para que la acción preventiva se constituya como eficaz.

Debe destacarse que, como el nuevo Código ha unificado los criterios de la responsabilidad contractual y extracontractual, en virtud de no hacerse ninguna salvedad al regular la función preventiva se entiende que esta es funcional tanto en el campo de la simple violación de la ley (*neminem laedere*) como en el del incumplimiento de obligaciones o contratos.

5.2. Atributos de la normativa

Revisemos los artículos que se mencionaron en este apartado:

Art. 1710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a) evitar causar un daño no justificado;

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le

reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Así, podemos destacar la existencia del:

a) Deber de adoptar medidas razonables para evitar el daño.

Se trata del deber de la actuación de buena fe que debe ser valorado conforme la prudencia y la razonabilidad, lo que quiere decir que dicho deber está cabeza del agente en cuanto dependa de éste, sin necesidad de realizar actos heroicos, pudiéndose concluirse que este deber jurídico también le es impuesto a terceros a terceros siempre y cuando esté a su alcance su realización. En concordancia con lo indicado puede advertirse que la segunda parte de este artículo permite el reembolso del valor de los gastos adoptados razonablemente para evitar o disminuir el daño, por parte del tercero hacia el responsable. Las reglas, cuando la acción se dirige contra el autor del daño son las del enriquecimiento sin causa conforme los arts. 1794, 1795[50].

b) Deber de mitigar el daño

Se trata de un deber que tiene su origen arraigo en la jurisprudencia y la doctrina de los países de tradición anglosajona conocido como *"The duty of mitigation"*, que está referido al deber que tiene la víctima de no agravar el daño ya que se entiende que resulta contrario a la buena fe pretender cobrar los daños que podría haber evitado. Si bien es cierto que resulta ajeno a la situación creada por el responsable, la buena fe impone actuar para que la situación no se agrave.

Zavala de González sobre el particular refiere que "así como no existe un derecho a perjudicar injustamente, el damnificado soporta la carga, como imperativo de su propio interés, de desplegar las diligencias ordinarias para evitar la continuidad o el agravamiento del perjuicio".

Estos principios de evitación y mitigación de los daños tienen su fuente en distintas disposiciones del derecho comparado entre las que se encuentran:

Art. 1227 del Código Civil Italiano: *El resarcimiento no es debido por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria*.

Unidroit 7.4.8: (Atenuación del daño) determina que:

(1) La parte incumplidora no es responsable de los daños sufridos por la parte agraviada en la medida en que el daño podría haberse reducido si

la otra parte hubiera tomado medidas razonables.

(2) La parte agraviada tiene derecho a recuperar los gastos razonablemente incurridos al tratar de reducir el daño.

Principios del derecho europeo de contratos, art. 9505:

(1) La parte incumplidora no es responsable de las pérdidas que hubiese sufrido la parte perjudicada en la medida en que esta última hubiera podido reducirla adoptando para ello las medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualesquiera gastos en que razonablemente haya incurrido al intentar reducir las pérdidas.

Como puede observarse, el objetivo de estos artículos en el derecho comparado, es evitar que la parte perjudicada se quede pasivamente esperando ser compensada por un daño que podría haber evitado o reducido, por lo que las legislaciones claramente señalan que cualquier daño que la parte perjudicada podría haber evitado al tomar medidas razonables no será compensado.

5.3. El sujeto pasivo gravado con el deber jurídico

La consagración del deber genérico de prevenir daños incluye a "toda persona", razón por la que, además de quienes tengan el deber jurídico específico, se encuentran incluidas las eventuales víctimas, quienes también tienen el deber establecido en el artículo.

5.4. La condición que genera el deber jurídico de prevenir

No se imponen aquí conductas heroicas o de abnegación debido a que la omisión de las mismas no genera responsabilidad civil. Por el contrario, la exigencia es la de actuar mediante la adopción de medidas razonables, conforme a la buena fe y a las circunstancias del caso, mediando la posibilidad de hacerlo.

Por ello, la respuesta para identificar a las personas a quienes el deber les está impuesto, está en advertir de acuerdo a la causa eficiente (fenomenológica) quiénes tienen las posibilidades materiales y jurídicas de proceder, aún en el caso de que dicha causa les sea absolutamente extraña.

En esa línea, si no se actúa dicha omisión resulta antijurídica y produce que la persona, al no actuar en consecuencia con lo indicado en el artículo,

sea identificada como autora o coautora del perjuicio sobreviniente o intensificado.

5.5. La Acción Preventiva

El art. 1711 del CCyC dispone: *La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*.

De esta forma, se concede una acción sustancial por intermedio de un proceso autónomo cuyo único objeto es evitar la producción, agravación o continuación de un daño, donde la prevención resulta ser la única pretensión*;* por lo que se la debe diferenciar de aquellas acciones en las que, de manera provisoria*,* y aun coincidiendo con la pretensión sustancial, se disponen medidas de prevención de los daños, como el caso, por ej., de la tutela anticipada o la medida innovativa, que pese ahora encontrar su fundamento en el principio de prevención, dependen de una resolución ulterior e incluso pueden aplicarse por analogía las reglas de la acción preventiva.

Para promover la acción es necesario que el planteo del actor sea lo suficientemente explícito en orden a todos estos requisitos y concurran las siguientes circunstancias:

1. Una acción u omisión que origina un peligro de daño;
2. Antijuridicidad de la conducta riesgosa;
3. Previsibilidad del resultado nocivo (conforme a las reglas de la causalidad adecuada);
4. Lesión a un interés razonable del actor;
5. La posibilidad de detener el emprendimiento nocivo.

Como bien indica el profesor salmantino Eugenio Llamas Pombo, “es claro que debe haber una relación de causalidad entre ambos elementos. Es decir, ha de existir un “perjuicio causalmente previsible”, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada. El demandante ha de acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que, causalmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquélla”[51]. Zavala de González persiste en esta línea de pensamiento cuando propone que “la prueba que se rinda acerca de la probabilidad, gravedad e inminencia del daño debe ser decisiva y razonable; de lo

contrario, la intromisión en la libertad de una conducta humana resultaría una injusticia notoria"[52]. La autora considera que "no es menester certeza del daño que amenaza, sino seria probabilidad o previsibilidad objetiva"[53].

5.6. Ausencia del factor de atribución

Es para destacar que en la norma no se exija un factor de atribución y ello es razonable por cuanto esta acción está direccionada a evitar la causación de un daño no justificado por parte de quien puede hacerlo, obrando de buena fe y en cuanto de él dependa, (no a resarcir). Por ello no es debido merituar la persona de quien provenga, si se ha actuado o no con culpa y si ese obrar es o no riesgoso.

5.7. Acción u omisión antijurídicas.

La antijuridicidad está definida por el efecto futuro previsible de la acción u omisión que se pretende neutralizar, lo cual importa al contraste de la conducta con el ordenamiento y deberá tener la potencialidad efectiva de causar un daño no justificado, razón por la cual, cuando el acto sea lícito y no tenga dicha potencialidad, la acción será inviable.

En tal sentido el Dr. Roberto Vázquez Ferreyra señala "el Código exige que los actos –tanto positivos como de omisión– sean contrarios a derecho. Claro que en este caso la antijuridicidad se predica de la conducta y no del resultado (el que muchas veces no llegará a concretarse). Decimos ello por cuanto en principio todo daño es antijurídico (neminem laedere), salvo que concurra alguna causa de justificación (art. 1717, CCyC). Por ende, alguno podría pensar que todo acto potencialmente dañoso viabilizaría la acción preventiva, en razón de que ese eventual daño comunicaría su ilicitud a la conducta que se quiere evitar. Creemos nosotros que en realidad lo que debe ser antijurídico es la conducta considerada en sí misma (violatoria del ordenamiento en general, incluidos los pactos contractuales). Ello, claro está, siempre que no se haya efectivizado el daño injustificado. Es decir, ante la amenaza de daño, la acción preventiva funciona sólo contra conductas formalmente antijurídicas. La mera amenaza de daño no es por sí misma una conducta antijurídica. Si el daño injustificado ya se ha ocasionado, entonces dicha conducta de por sí es contraria a derecho"[54].

En igual sentido, entendemos que la antijuridicidad requerida por el Código, al ser calificativa de la conducta, deberá ser una antijuridicidad

formal y no meramente material. Según Vázquez Ferrreyra, “no sería a nuestro juicio admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño, aun cuando ese eventual daño puede configurar una violación al deber general de no dañar *(neminem laedere)*. Insistimos, es la conducta potencialmente dañosa y considerada en sí misma la que debe ser contraria a una norma del ordenamiento jurídico cuando el daño aún no se ha ocasionado. Una conducta potencialmente dañosa, pero lícita no viabiliza la acción preventiva. Conducir un automotor, por más que pueda ser potencialmente causa de algún perjuicio, no justifica una acción preventiva”[55].

Del mismo modo, Matilde Zavala de González señala que “se requiere una conducta antijurídica. Sólo ante la ilicitud del comportamiento del demandado cabe restringir su libertad, confiriendo primacía a la libertad del pretensor para no ser convertido en víctima. Las acciones u omisiones lícitas no pueden ser impedidas preventivamente aunque causen daños, porque su producción se encuentra justificada por el ordenamiento (…)”[56].

5.8. Legitimación activa y pasiva

El art. 1712 del CCyC dispone:

Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

La norma no reconoce con exclusividad un interés jurídico específico, sino que puede ser emprendida por quien tenga un interés razonable, no reprobado por el ordenamiento. De no ser afectado por un daño, conforme lo establecido por el art. 1737 del CCyC[57]; dicho interés deberá ser acreditado por parte del actor o al menos invocado de la forma más precisa, aunque no será siempre exigible una prueba acabada y concluyente del mismo, teniéndose en cuenta la situación de emergencia que es propia de la acción; razón por la que se tendrá que evaluar dicho interés en función de las circunstancias del caso.

5.9. Contenido de la sentencia

El art. 1713 del CCyC dispone:

Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de

menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Como puede observarse, la norma es amplia permitiéndose la adopción de las medidas necesarias para la situación planteada, las cuales pueden ser solicitadas a pedido de parte o también incoadas de oficio por parte del juez, adoptándose el principio de menor restricción posible que le impone al juzgador la adopción de los mayores recaudos para la obtención del resultado previsto propiciando una mínima restricción de derechos utilizando el medio "más idóneo" para lograr la prevención[58].

5.10. Diferencias entre el "mandato preventivo" y la acción preventiva

Sin perjuicio de lo expresado, vale resaltar que, existen diferencias importantes entre el llamado "mandato preventivo" y las facultades del juez contempladas en el art. 1713 del Código Civil y Comercial, tal como lo ha receptado el criterio jurisprudencial reciente[59].

En efecto, el juzgador se encuentra autorizado a adoptar de oficio, excepcionalmente, medidas con fundamento en el comúnmente llamado "mandato preventivo". Así, en los autos "L., D. A. c/ Trenes de Buenos Aires S. A. y otro s/ Daños y perjuicios" se condenó *"ex officio"* a la explotadora de un ferrocarril a instalar en los andenes baldosas especiales como prevención para las personas no videntes acerca del fin del andén y el comienzo de la trinchera por donde pasan las vías.

Este tipo de medidas encuentran ahora mayor fundamento con las normas relativas a la prevención del daño incorporadas al Código Civil y Comercial y la misma puede basarse en la aplicación analógica del art. 1713.

Ahora bien, el ámbito de aplicación del art. 1713 se encuentra restringido a los supuestos en que se ha promovido una acción preventiva, ya que el texto del artículo se refiere a la sentencia que se dicta en el marco de una causa donde, sea en forma exclusiva o bien juntamente con otras pretensiones, la prevención del daño ha sido demandada; razón por la que el juez en tales circunstancias tiene amplias facultades para apartarse de lo pedido por las partes y disponer las medidas que estime más idóneas.

En cambio, el artículo nada dice acerca de los casos en los que no se pidió la prevención, y de la posible intervención judicial de oficio para disponer medidas preventivas, razón por la que el mandato preventivo está en principio fuera del ámbito del artículo precitado.

En efecto, en el mandato preventivo el juzgador actúa previniendo un perjuicio en un proceso cuyo objeto no es la tutela inhibitoria de la víctima ya afectada, sino que el mismo se encuentra vinculado con la protección de terceros que previsiblemente sufrirán un daño; en cambio en la acción preventiva la pretensión misma busca evitar que el daño suceda siendo que en este caso poderes del juez para actuar de oficio no se refieren a la orden preventiva en sí misma sino sólo al alcance de las medidas que puede adoptar.

Lo precitado no significa que los jueces se encuentren impedidos de dictar ese tipo de mandatos ya que como vimos, tales medidas encuentran su fundamento en el principio *"alterum non laedere"*, previsto expresamente por el art. 1710 del Código Civil y Comercial, que tiene raigambre constitucional. Desde ese punto de vista, si bien el art. 1713 del citado código no se refiere expresamente a la posibilidad de dictar un"mandato preventivo" nada impide que, con sustento en el referido principio y en la consiguiente función preventiva que la ley asigna al derecho de daños consagrado en el art. 1708 del mismo, aquel sea aplicado analógicamente con carácter excepcional pero solo respecto de aquellas medidas que puede adoptar el juez dirigidas a tutelar a terceros ajenos al proceso, que podrían resultar dañados en caso de no adoptarse precauciones especiales, tal como lo han receptado distintos fallos judiciales[60].

En cambio, no ha sido considerado aceptable, que en una causa en la cual los propios demandantes no pidieron la prevención del daño que están sufriendo el juez venga a suplir esa omisión y disponga de oficio medidas tendientes a impedirlo, ya que se ha interpretado que los actores pudieron decidir libremente cuál era su pretensión respecto de los demandados quienes resultan ser los más capacitados para determinar qué medidas hacen a su propia conveniencia; razón por la que la intervención judicial de oficio ordenando medidas preventivas en favor de los actores y al margen de lo solicitado por ellos, vulnera el principio de congruencia de rango constitucional que exige que exista concordancia entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace a las personas, el objeto y la causa, de modo que las partes, al fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica requerida, delimitan la actividad jurisdiccional a las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y la oposición de los emplazados[61].

En síntesis, huelga destacar que la función preventiva del derecho de daños no puede suplir la falta de petición oportuna por parte de quien demanda, cuando este es el único interesado en la prevención.

En definitiva, la orden judicial de oficio fundada en una interpretación analógica del art. 1713 dirigida a evitar o hacer cesar un daño es excepcional y sólo procede cuando se trata de prevenir daños a terceros ajenos al proceso. En cambio, es inadmisible acudir a ella para fallar más allá de lo pedido por la propia parte afectada por el hecho dañoso, so pena de lesión del principio de congruencia.

6. EL DEBER DE SALVAMENTO

6.1. Preliminar

Continuando con lo visto hasta aquí nos proponemos ahora ingresar de lleno en la temática del aseguramiento de los riesgos.

El objeto del contrato de seguros es proteger económicamente al asegurado, tomador o beneficiario de un determinado riesgo económico. El amparo económico de un riesgo que amenaza un interés de la misma naturaleza es la posibilidad de que se produzca un acontecimiento incierto, desfavorable en términos económicos capaz de provocar un daño a los intereses del asegurado.

Según la enseñanza de Emerigon, el seguro es un contrato de previsión, por lo que el asegurador no responde de ordinario sino de los siniestros derivados de fuerza mayor, debiendo el asegurado evitar los otros con su propia diligencia[62].

De este concepto puede inferirse que la prevención resulta indispensable para asegurados y aseguradores, tanto para el mantenimiento del estado del riesgo[63], como para evitar la destrucción de riquezas productivas y el encarecimiento del seguro. Y es que prevenir consiste tanto en evitar que se produzca un suceso incierto perjudicial, a personas y bienes, cuanto en atenuar sus consecuencias y preservar la integridad de los mismos afectados[64].

Se fue avizorando la necesidad de incluir, primero como deber contractual y luego ya como un deber legal, el llamado deber de salvamento que exige y presupone una conducta activa en aras de disminuir los daños, extendiéndose este deber de conducta en algunas legislaciones para evitar la materialización del riesgo previsto en el contrato.

6.2. Naturaleza Jurídica del Deber de Salvamento

Carga u Obligación – Visión de Derecho Comparado

En esta sección abordaremos la cuestion de si el deber de salvamento constituye una carga o una obligación en sentido estricto. La mayoría de la doctrina coincide que nos encontramos ante un deber de conducta distinto de

una obligación, razón por la que resumiremos brevemente las distintas posturas.

Alemania

El salvamento en el ámbito de la Ley de Contrato de Seguro alemana (VVG), se encuentra dispuesto esencialmente en su § 62. En el primer párrafo de dicho parágrafo se enuncia este deber al determinar que el tomador del seguro al inicio del siniestro está obligado *(ist verpflichtet)* a procurar, en la medida de lo posible, prevenir y aminorar el daño. Sin embargo, a este primer párrafo se añadió en el año 1939 un segundo párrafo en el que se establece que si el tomador del seguro incumple esta carga *(diese Obliegenheiten),* entonces el asegurador queda liberado del cumplimiento de su obligación de indemnizar, salvo que el incumplimiento no haya sido intencionado o haya existido una negligencia grave, caso en el que el asegurador quedará obligado en la medida en que la extensión del daño no hubiera sido menor incluso si la obligación hubiera sido debidamente cumplida.

Al analizar en concreto la naturaleza jurídica del llamado deber de salvamento, puede decirse que en la doctrina alemana se han venido apreciando esencialmente dos tesis. Por un lado, este deber fue calificado como una obligación jurídica, opinión que prevaleció hasta la reforma de 1939[65], y por otro, su calificación como carga *(Obliegenheit)* a partir de esa fecha, que resulta ser la más aceptada en la actualidad, sobre la base de la llamada Teoría de Prerrequisitos *(Voraussetzungstheorie).* Según esta última tesis, la carga se traduciría en un deber de conducta exigido para poder obtener una determinada ventaja que beneficia al propio sujeto.

De esta forma la observancia de la conducta exigida es premisa del buen resultado del mandamiento de su propio interés *(Gebote des eigenen Intereses);* a fin de evitar la pérdida del derecho *(Rechtsverlust),* o su reducción legal *(Rechtsminderung)*[66]. Por lo demás, paralelamente, frente a la sanción prevista para el caso de inobservancia de la obligación jurídica propiamente dicha que implica la satisfacción coactiva del otro interés lesionado; la inobservancia de la carga no le correspondería al sujeto activo una pretensión encaminada a su cumplimiento ni tampoco una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, sino que la sanción prevista consistirá en

perder o no conseguir la ventaja, cuya obtención o conservación se subordina al comportamiento exigido[67].

A favor de atribuirle al deber de salvamento la naturaleza de carga se han manifestado, en concreto, autores como Bruck, Kühborth, o Stange, entre otros.

Bruck sostiene que el deber de salvamento es una carga, que tiene como motivo exclusivo el interés del asegurador, o más exactamente, el interés de la masa representada por el asegurador; sin embargo, para el jurista alemán lo relevante es que el cumplimiento del deber de salvamento está en interés exclusivo del asegurado, ya que la falta de cumplimiento del mismo tiene por resultado privar a este último de una expectativa o de un derecho, no habiendo obligación sino una condición, cuyo cumplimiento es concebido en único interés del asegurado[68].

Stange estima que la prevención y minoración del daño es una carga, al menos desde la adición en 1939 del párrafo 2.0 del § 62 VVG, y no una obligación o un deber jurídico verdadero. A su juicio, el legislador alemán ha utilizado el término de carga *(Obliegenheiten)* en el párrafo 2.º, conociendo en aquel momento las distintas posturas; y prevé además, en el § 62.2 VVG, la consecuencia jurídica típica de una infracción de carga, esto es, la liberación de la prestación. De suerte que el argumento de los defensores de la teoría de la obligación quedó desvirtuado con la introducción del párrafo 2.º del § 62.2 VVG, mientras que Kuborth defendía que las cargas son obligaciones jurídicas secundarias del tomador del seguro que tienen significado como condición previa para la realización de la prestación u otro quehacer del asegurador, entendiendo que su cumplimiento atiende mayoritariamente al interés del tomador ya que su cumplimiento significa el mantenimiento de su protección de seguro; mientras que el asegurador no puede tener interés directo en el cumplimiento de las cargas, ya que ese cumplimiento determina su obligación de prestación[69].

Italia

El deber de salvamento en el contrato de seguro se regula en el artículo 1914 del Codice civile bajo la rúbrica de *"obbligo di salvataggio"*, determinando que el asegurado debe hacer cuanto le sea posible para evitar o disminuir el daño. Sin embargo, en su artículo 1915 se dispone que el asegurado que dolosamente incumpla esta "obligación" pierde el derecho a

ser indemnizado, mientras que si su omisión es culposa el asegurador tiene derecho a reducir la indemnización en razón del perjuicio ocasionado por el incumplimiento; por lo que las consecuencias resultan las adecuadas al incumplimiento de las cargas.

Se observa, en definitiva, un cierto paralelismo con las previsiones del precepto que en Alemania regula este *"deber"*; lo que explica que del debate planteado por los autores alemanes respecto de los deberes accesorios que gravitan sobre el tomador o el asegurado también haya producido en la doctrina italiana, distiguiéndose entre obligaciones en sentido estricto *(obbligo/verpflichtungen),* y carga o deber *(onere/obliegenheiten),* destacándose a favor de una u otra posición. Esta correlación puede verse en autores corno Messineo a favor de atribuirle el carácter de carga imposición de un comportamiento, como premisa para conseguir un determinado efecto útil"[70], aunque exteriorizándose como una facultad pues la carga no es exigible, ni coercible, por lo que en su entendimiento la sanción opera de manera indirecta, o Fanelli quien lo caracteriza como una obligación.

Entre los autores que entienden que el deber de salvamento sería propiamente una carga *(onere)*[71], se encuentra el profesor Antígono Donati quien define a las cargas como "deberes impuestos a un sujeto como tutela de un interés propio, cuya observancia es necesaria si se quiere alcanzar un determinado resultado y cuya inobservancia provoca la pérdida del resultado mismo"[72], agregando que tanto las obligaciones como las cargas son "relaciones pasivas, restricciones de la personalidad", y que en las cargas se permite "la elección entre el sacrificio del propio interés (caducidad) y el de otro interés propio"[73]. Considera que son impuestas en interés del asegurador, aunque no le otorgan a éste acción alguna. Dice que en toda relación pasiva "existen dos sujetos, aunque no estén ligados por una relación de crédito-débito como es una obligación"[74].

Sin embargo, la calificación del deber de salvamento como *"onere"* no es, ni mucho menos, unánime en la doctrina italiana. Autores como Pagliara, Fanelli, Scalfi, Bonvicini o Criscuolo se inclinan por calificarlo como una obligación en sentido técnico, señalando que se trataría de una obligación accesoria –por no entrar en la relación de correspondencia con la prestación principal– inspirada en el deber de cumplir el contrato de buena fe; y argumentando entre otros extremos, que el deber de salvamento es una obligación impuesta en interés del asegurador, o que no es óbice para su

calificación como obligación la circunstancia de que su cumplimiento no pueda ser exigido coactivamente.

España

También la doctrina española junto al concepto de obligación que denota el enlace entre un derecho y un deber, se refiere al concepto de *"carga"*, expresión con la que se suele traducir los términos *"Obliegenheit"* y *"onere"* empleándose también el término *"incumbencia"* observando las características que se han ido apuntando hasta el momento.

El cuestionamiento de la doctrina respecto a estos "deberes accesorios" que se impone al tomador o asegurado –entre ellos el deber de salvamento– es si son obligaciones jurídicas en sentido propio, o si efectivamente resultan ser cargas.

El profesor Garrigues, al examinar la naturaleza de estos deberes, parece decantarse por reconducirlos, no al concepto de carga, sino al deber de observar una conducta leal. No obstante, al tratar específicamente el salvamento declara que "la verdad es que no se trata de un deber, sino de una verdadera obligación, como reconoce el párrafo 3.º del artículo 17, en contradicción con el párrafo lº, que habla de deber"; aunque en un párrafo posterior vuelve a apostillar que "no se sabe si este comportamiento que se impone al asegurado tiene el concepto jurídico de obligación o el concepto jurídico de un puro deber". Por lo demás, este mismo autor en su obra "Curso de Derecho mercantil" sitúa el deber de aminorar el siniestro entre los deberes secundarios del tomador del seguro; precisando que la especialidad de tales deberes reside en que no pueden calificarse de contraprestaciones del tomador del seguro (al contrario que el pago de la prima), y que se trata de prestaciones accesorias en las que falta el nexo sinalagmático con las obligaciones del asegurador y en las que es imposible la ejecución forzosa (al contrario que respecto al pago de las primas vencidas) y la indemnización por incumplimiento.

También Sánchez Calero suscribe que se trata de un deber, aunque hace referencia a la imprecisión del artículo 17 de la Ley de Contrato de Seguro indicando lo siguiente: "La Ley establece, como se ha dicho, el deber del tomador del seguro o el asegurado de aminorar las consecuencias del siniestro. En el párrafo 1 del artículo 17 se habla de *este deber*, mientras que el párrafo 3 del propio artículo se refiere a la *citada obligación*, por lo que

razonablemente puede dudarse si estamos ante un deber, en sentido técnico, o una verdadera obligación".

Pero continúa diciendo que "nos hallamos, no obstante, ante un deber en el que aparecen sujetos pasivos y no activos del mismo. Pesa tanto sobre el tomador del seguro como del asegurado, aunque sea éste el verdadero interesado en su cumplimiento, pues la falta de éste lleva consigo la reducción de la prestación del asegurador o su pérdida. De forma que quien sufre las consecuencias de ese incumplimiento, de manera directa, es el asegurado, y quien relativamente se beneficia es el asegurador".

En la línea de calificar el salvamento como carga se sitúan también Broseta Pont y Angulo Rodríguez, entre otros[75].

Broseta Pont señala, siguiendo a Garrigues, que las cargas son distintas de las obligaciones, por no poder exigirse su ejecución forzosa por el asegurador en caso de incumplimiento; pero las considera "deberes de conducta", aunque afirmando que no establecen entre asegurado y asegurador una verdadera relación obligatoria "sino una simple conducta que se convierte en presupuesto de la exigibilidad de un derecho del sujeto que la soporta, lo que significa… que esta conducta se establece en definitiva en el propio interés del asegurado"[76].

Si bien este autor señala este argumento como enunciado por otros doctrinarios, luego lo hace suyo. Tal afirmación sólo puede admitirse en cuanto la conducta impuesta constituye, precisamente, el único medio para evitar la sanción de caducidad que amenaza un derecho suyo, teniendo evidentemente interés en cumplir con la misma para desembarazarse del peligro.

En concreto Angulo considera que los deberes que surgen para el asegurado a raíz del siniestro, son deberes cuyo contenido y efectos no pueden explicarse por los que son propios del concepto de obligación. El autor concluye que estas normas imponen conductas, positivas o negativas, que presentan características peculiares, que las diferencian de las obligaciones. Falta, en efecto, el nexo sinalagmático, puesto que el deber del asegurado no constituye la contraprestación de otras conductas de la contraparte; es imposible exigir su cumplimiento forzoso, y su eventual incumplimiento determina, en general, más que obligaciones indemnizatorias, la pérdida o decaimiento de derechos o facultades del incumplidor.

Por su parte Abel Veiga Copo señala que aminorar las consecuencias del

siniestro es tratar de reducir la magnitud del mismo, evitando o mitigando el daño, se trata de un actuar, un hacer positivo, no una omisión o un no hacer, salvo en aquellos supuestos en los que actuar puede agravar el daño. Mensurar la posibilidad o probabilidad de hacer algo que evite la magnitud del daño siniestral es clave en lo que se erige como un deber positivo y exigible al tomador y, en su caso al asegurado. Entiende que se está ante un deber genuino, no una mera carga, Un *onere* que debe desplegarse por el tomador / asegurado con la diligencia debida del *pater familias* actuando *in rem propiam* sobre una cosa o bien cuyo daño asume en su esfera personal y patrimonial aún a expensas de la cobertura aseguraticia. La libertad de actuación así como de los medios empleados quedan a su elección pero sobre todo según la propia disponibilidad del mismo. Su diligencia en el hacer dependerá en buena medida de la magnitud del siniestro, la fuerza destructiva o no del mismo y la posición y disposición de medios necesarios para minorar el mismo[77].

Se observa, pues, que parte de la doctrina española entiende el deber de salvamento como una carga con características distintivas, sin que falten autores que lo califiquen de obligación, como es el caso de Botana Agra; o de autores como Martí Sánchez, María Luisa Muño Paredes o Vargas Vasserot, quienes se inclinan a favor de la tesis de la obligación con carácter general para los deberes que se le imponen al tomador o asegurado, apuntando por ejemplo Muñoz Paredes que la "teoría de las cargas" en el marco del contrato de seguro debe ser revisada por la debilidad que presenta, argumentando entre otras circunstancias que, "aunque para nuestro legislador la expresión "deber" sea un "concepto" y no una simple "palabra", la contraposición categórica, por consciente y técnica que sea, entre las "obligaciones" y los "deberes" del asegurado es un producto dogmático que carece de consistencia, porque ninguna de las notas que se atribuyen a los "deberes" para diferenciarlos de las "obligaciones" responden a la realidad de los intereses en juego". Ello debido a que sólo puede sostenerse desde un plano conceptual que "el asegurador carece de todo interés en el cumplimiento por el asegurado de los deberes accesorios o secundarios que la Ley o el contrato le imponen. El asegurador está tan interesado, y en igual medida, en el cumplimiento de la obligación principal de pago de la prima como en los restantes deberes que pesan sobre el asegurado a lo largo de toda la duración del contrato". Esto indica que la violación de esos deberes produce una ventaja económica para el asegurador que nada impide que pueda ser

considerada como una satisfacción del *"id quod interest"* preventivamente fijado.

Por otro lado, se deduce que la circunstancia de que el asegurador carezca de acción para exigir el cumplimiento de esos deberes tampoco resulta un impedimento para que puedan ser considerados como auténticas obligaciones, ya que se trata de comportamientos que, aunque debidos, desempeñan en la economía del contrato unas funciones que, por su singularidad, excluyen que su incumplimiento haya de traducirse en un cumplimiento coactivo"[78].

Por lo expresado entendemos haber reseñado brevemente los argumentos esgrimidos en favor de una u otra postura, advirtiéndose la preponderancia de considerar al salvamento como una carga distinta de una obligación en sentido técnico, circunstancia que en principio compartimos.

7. OBSERVACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DEBERES DE CONDUCTA

Teniendo en consideración lo expresado anteriormente, se entiende necesario efectuar algunas consideraciones referidas a la cuestión genérica efectuadas Nicolás Héctor Barbato en su artículo "Las Cargas y el Seguro"[79], donde aborda la cuestión relacionada con las características de las cargas y su diferenciación con las obligaciones en sentido estricto, residiendo la importancia de su determinación debido a la frecuente utilización de las mismas en el derecho de seguro.

Destaca que en la obligación, la pérdida de derechos en el deudor se refleja en un equivalente aumento de derechos en el haber del acreedor siendo que en caso de incumplimiento de parte del deudor, se le concede al acreedor una acción para que ponga en movimiento el aparato coactivo establecido por la ley para obtener la ejecución forzada de la obligación.

En atención a las cargas, algunos doctrinarios pretenden sostener que la persona sobre quien pesa la carga está en libertad de ejecutar o no el acto condicionante del efecto querido aunque esta postura aparece como una manera un tanto disimulada para explicar su funcionamiento, ya que en verdad mal puede hablarse de libertad en el sujeto, que obrará bajo la amenaza por la existencia de una situación de coacción amenazada por una norma jurídica que consiste en la caducidad de un derecho hasta ese momento contenido en el acervo jurídico del sujeto. La sanción es la caducidad.

Por lo tanto, la falta de exigibilidad por parte de un tercero no hace que la conducta de quien debe cumplir la carga se encuentre en el ámbito de la pura libertad. En este sentido es correcto decir que en la carga la conducta se realiza en provecho propio, en tanto que en la obligación se cumple en beneficio ajeno (esto es, del acreedor). Ello explica que el cumplimiento de la obligación resulte exigible por un tercero (acreedor), en tanto que el de la carga no.

Entre las coincidencias entre ambas especies de normas, tanto en las cargas como en las obligaciones se puede observar la existencia de una situación en la que alguien debe ejecutar una determinada conducta para evitar el perjuicio

amenazado ante el incumplimiento. Por lo que no existe en la carga un acto libre, sino un acto amenazado. Y esa amenaza y, en su caso, efectivización del perjuicio "sanción" proviene de la propia norma, por lo que resulta una sanción jurídica y no meramente económica como algún sector de la doctrina indica como distintivo de las obligaciones.

Así también se indica que pueden señalarse otras diferencias entre cargas y obligaciones; las cuales obedecen a una diferente técnica de motivación. En el sistema de cargas se impone, para instar al sujeto a la realización del acto deseado por el ordenamiento, que supone para él cierto sacrificio, una presión proveniente de la amenaza de extinción de un derecho que hasta ese momento tiene en su haber. Sólo él resulta interesado en el cumplimiento. En la obigación, ese cumplimiento que también supone un sacrificio para el deudor, se traduce en un beneficio para el acreedor. El legislador que entiende necesaria que la prestación se lleve a cabo, agrega, a la amenaza de coacción, un derecho a la ejecución a favor del acreedor en caso de incumplimiento, para que éste provoque forzadamente el cumplimiento del deudor u obtenga un cumplimiento sustitutivo.

En tal sentido y partiendo del concepto de sanción de Kelsen, se puede decir que sanción es toda privación de un bien sea este material o inmaterial acaecida como consecuencia de haberse producido la violación del orden jurídico. Como las posesiones le son quitadas al infractor del dicho deber jurídico contra su voluntad, la sanción asume el carácter de medida coercitiva.

Así, un orden social que trata de provocar la conducta deseada mediante el establecimiento de esas medidas recibe el nombre de orden coactivo, residiendo dicho carácter en que amenaza los actos socialmente dañosos con medidas coercitivas y aplica tales medidas, razón por la que en ambas el incumplimiento provocará la privación de un bien, la pérdida de un derecho. También esa privación o pérdida estará preceptuada por una norma jurídica, como efecto de un incumplimiento.

Como vemos, en la carga la coacción actúa de manera inmediata y automática. Sin embargo en la obligación se exige que intermedie el acreedor ejercitando las correspondientes acciones. Por ello la sanción es directa y funciona en forma inmediata ante el incumplimiento, sin requerir la intervención de terceros y por esta característica es que se que la sanción constituye la consecuencia del incumplimiento. De esta forma sólo quienes

ven en la carga la realización de un acto libre pueden invocar su carácter indirecto.

En las cargas, el condicionar el mantenimiento de la vigencia de un derecho propio, al cumplimiento de la conducta requerida por dichas cargas, aparece como un mecanismo artificial, sólo aceptable por su notable efecto motivador dirigido a obtener tal cumplimiento. Por ello no es adecuado hablar de libertad, puesto que el sujeto está sometido a coacción, y una coacción amenazada por la norma. Empleándose en estos casos un lenguaje que puede provocar confusión al adoptar la apariencia de una alternativa de libertad de elección respecto de la conducta a realizar, cuando en realidad existe una exigencia.

En verdad resulta por lo menos osado ver una libre alternativa a favor del asegurado consistente en el cumplimiento de determinada carga, so pena de que el asegurador quede liberado de su obligación de indemnizar, ello por cuanto la total falta de equilibrio entre los dos polos de la elección revela que no hay un libre escoger sino una situación de cumplir con lo que la ley persigue o sufrir el rigor de las sanciones que esa misma ley establece.

En síntesis Barbato señala que no hay en la carga acto libre, sino amenazado, aunque tal amenaza apunta a una finalidad, protege un objetivo. El orden jurídico quiere una conducta, y para conseguirla amenaza con provocar la pérdida de derechos que pesa sobre el sujeto pasivo de dicha carga, titular del derecho amenazado, para motivar la realización de la conducta requerida, por lo que dicha conducta requerida es un acto necesario en cuanto constituye la *"condictio sine qua non"* del mantenimiento de un derecho. Es una conducta que se cumple en beneficio propio, en cuanto constituye el modo de evitar sufrir el perjuicio establecido por la norma.

Si bien tal conducta es impuesta como un deber y su cumplimiento constituye el presupuesto para impedir la caducidad de un derecho, ese deber no se corresponde con el derecho subjetivo de otro, y por lo tanto no resulta exigible, en el sentido de que no puede un tercero reclamar el cumplimiento compulsivo de la conducta requerida.

Más allá de abocarnos a determinar la justicia o injusticia de la imposición de un deber por parte del ordenamiento, está el simple fenómeno positivo que hace pensar que cuando ese ordenamiento requiere se ejecute una conducta bajo amenaza de provocar al desobediente un daño, esa conducta constituye un deber, y su incumplimiento un ilícito.

Por ello, si en el concepto de ilícito se comprenden todas las conductas que se opongan a la señaladas por el orden jurídico como permitidas o debidas, vemos que las conductas contrarias a las impuestas por las cargas tienen ese carácter por cuanto las mismas son las repudiadas por el ordenamiento jurídico.

Lo contrario a este planteo repudiaría la propia técnica del derecho puesto que resulta indeseable que se apliquen sanciones que no castiguen ilícitos. El derecho es una técnica que siempre tiende a obtener y proteger el cumplimiento de conductas que respondan a un determinado esquema axiológico. En el sistema de cargas se utiliza una técnica sutil de requerimiento, dándose una apariencia de libertad al sujeto, pero bajo la amenaza de perder sus derechos. Precisamente esa técnica supone que la consecuencia dañosa amenazada no resultará indiferente al sujeto, e introduce un riesgo que provocará un temor cuyo efecto probable será el impulsar al sujeto a que ejecute la conducta requerida por la norma.

Fontanarrosa caracteriza a la carga como una facultad, considerando que no es coercible ni exigible, pero admitiendo que es facultad de ejercicio necesario si se quiere satisfacer un interés propio, por lo que dice, siguiendo a Goldschmit, que son "imperativos del propio interés". Su incumplimiento origina como consecuencia la pérdida de un derecho.

La caducidad aparece, para Fontanarrosa, como una sanción que se traduce, consecuencia del incumplimiento de una carga. Simplemente, el asegurado pierde el derecho o el beneficio, sin desligarse de los restantes deberes y obligaciones, pasados y futuros del contrato. El asegurador queda liberado de sus obligaciones únicamente con relación al siniestro respecto del cual el asegurado no ha cumplido su carga, quedando vinculado en relación a todos los demás riesgos contemplados en el contrato.

En otros términos indica: "el asegurado que ha perdido su derecho a la indemnización de un siniestro por incumplimiento de alguna carga que pesaba sobre él, mantiene su derecho a ser indemnizado por otros siniestros, inclusive posteriores, si respecto de ellos cumple las cargas que le corresponden"; aclarando que como la ley o el contrato en algunos casos autorizan al asegurador a rescindir el seguro, en los mismos la caducidad se convierte en rescisión.

Por ello la caducidad se manifiesta en el seguro con un carácter punitorio y persigue una doble finalidad. En primer término tiene una *función preventiva*,

en razón de que estimula al tomador / asegurado a obrar con diligencia y buena fe, la potencial pérdida de su derecho a la indemnización si no cumple los deberes que le incumben. Desde otro punto de vista, también ejerce una *función punitiva*, debido a que la pérdida del derecho del asegurado importa una sanción aplicada a su culpa o negligencia y, con mayor razón, a su mala fe[80].

Morandi, en su trabajo titulado "Función del riesgo en el seguro e importancia de su correcta declaración a la conclusión del contrato"[81], caracteriza a las cargas diciendo que constituyen deberes que, en caso de incumplimiento no otorgan "a la otra parte, –esto es, al asegurador– la posibilidad de demandar su cumplimiento forzoso o, a falta de éste, un resarcimiento del daño, sino que la sanción al asegurado consiste en la pérdida del derecho a la prestación del asegurador, es decir, al pago de la indemnización en la hipótesis de que se produjera el siniestro".

Por lo expresado, vemos como se verifica la tendencia a considerar a las cargas como deberes impuestos al asegurado, que si bien no suponen la existencia de un derecho en la contraparte a exigir su cumplimiento, dan lugar, en caso de inobservancia de la conducta requerida, a la aplicación de una sanción: la caducidad.

Esta caracterización como carga para el Deber de Salvamento, es compartida inicialmente por nuestra parte, aunque se destaca que el mismo puede llegar a constituirse una obligación en sentido técnico en virtud del deber de prevención y la acción preventiva establecidos en el Código Civil y Comercial argentino, en tanto las acciones demandadas para evitar o mitigar los daños resulten inmediatas, tema que abordaremos más adelante.

8. EL DEBER DE SALVAMENTO EN ARGENTINA

La Sección IV de la Ley de Seguros 17.418, Salvamento y verificación de los daños define:

Obligación de salvamento.

Art. 72. El asegurado está obligado a proveer lo necesario, en la medida de las posibilidades, para evitar o disminuir el daño y a observar las instrucciones del asegurador. Si existe más de un asegurador y median instrucciones contradictorias, el asegurado actuará según las instrucciones que aparezcan más razonables en las circunstancias del caso.

Violación

Si el asegurado viola esta obligación dolosamente o por culpa grave, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnizar en la medida que el daño habría resultado menor sin esa violación.

Conforme lo normado en el artículo, esta carga en cabeza del asegurado es a los fines no solo de disminuir el daño[82] sino también para evitarlo, ello nos lleva a la conclusión de que el siniestro no resulta ser un presupuesto necesario para que la carga se vuelva operativa. Podemos adelantar entonces que se encuentra íntimamente relacionada con el deber de prevención estipulado en el art. 1710 del Código Civil y Comercial.

Y es que efectivamente, disminuir las consecuencias de un siniestro da cuenta de la causación de un hecho que produce la necesidad de disminuir el perjuicio que se está produciendo *(ex post),* con lo que cuando hablamos de aminorar las consecuencias de un siniestro estamos en presencia de un hecho ilícito que hace surgir el deber de reparar (función reparadora).

En cambio cuando se indica como deber evitar el daño, nos situamos en una etapa anterior a la ocurrencia del siniestro *(ex ante),* razón por la que la actividad que se le exige al asegurado es de naturaleza preventiva.

La primera observación sobre las expresiones utilizadas en el artículo, es que pese a que la ley utiliza expresamente la palabra obligación, en nuestro criterio y conforme a lo que sostiene la doctrina argentina que resulta pacífica

sobre este tema nos encontramos *prima facie* ante una carga del asegurado ya que su incumplimiento en los términos del artículo implica la pérdida del derecho a ser indemnizado[83].

La norma transcripta recoge el concepto de la carga expuesto por Vivante: "El asegurado debe hacer cuanto esté en sus manos para evitar o disminuir los daños; debe hacerlo como si no estuviera cubierto por el seguro"[84].

De no existir esta carga, ningún asegurador querría asumir el riesgo si el asegurado no tuviera el deber consistente en hacer cuanto pudiera por atenuar los daños del siniestro. Las previsiones sobre las que se calculó la tarifa de las primas, quedarían desmentidas y al arbitrio del asegurado, si pudiera éste omitir la ejecución de la carga[85].

Para redondear el concepto Meilij y Barbato, señalan que "En su actuación, el asegurado debe emplear la diligencia de un asegurado ordinario colocado en las mismas circunstancias, y no es necesario que vaya más allá de lo corriente. De tal manera, no puede exigírsele que comprometa en demasía su salud o patrimonio, ni que dé preferencia a las cosas aseguradas sobre las que no estén amparadas por el seguro"… "la fórmula en cuestión evidentemente hacía referencia a un hombre normal y corriente, que no deja que sus cosas se pierdan asistiendo pasivamente al espectáculo de su destrucción, pudiendo hacer algo para impedirlo"[86].

De igual forma Halperin, sostiene que el asegurado no necesita extremar su esfuerzo, especialmente sacrificar en exceso su salud y patrimonio, sino sólo actuar con la mayor diligencia posible. No está obligado a salvar las cosas aseguradas antes que las no aseguradas, ni tomar medidas de protección que pongan en peligro las cosas no aseguradas.

En la legislación argentina, al contrario de lo que sucede en la ley española, que solamente señala el deber de mitigar los daños, se postula el deber de salvamento *ex ante y ex post* siniestro, ya que como se puede apreciar del texto "El asegurado está obligado… para evitar o disminuir el daño"*;* en consecuencia y compartiendo el criterio sustentado por el Dr. Rubén Stiglitz, la carga tiene dos momentos de actuación: uno consistente en cumplir toda actividad posible a los efectos de evitar el siniestro *(ex ante),* o ya producido, evitar o disminuir el daño *(ex post)* por lo que el objeto de la carga no sólo consiste en la realización de una actividad, en el marco de lo posible, en punto a evitar el daño o disminuirlo, sino en abstenerse de toda acción que lo facilite[87].

8.1. Naturaleza de la carga

El salvamento se inscribe en el deber recíproco de colaboración o cooperación de las partes de la relación sustancial y como bien señala el jurista brasileño, Maurício Gravina al referirse al principio de la confianza y considerar la naturaleza consensual del contrato de seguro; dicho principio se expresa en diferentes momentos desde su origen, derivándose del mismo obligaciones, términos y responsabilidades entre los que está incluido "el gravamen del salvamento y de la disminución de las circunstancias del siniestro"; "los cuales constituyen deberes a ser realizados en tiempo oportuno, en el plazo establecido en la póliza o en el plazo legal. La impuntualidad o mora es efectiva quiebra de la confianza, sujeta a las consecuencias legales…"[88].

Stiglitz que señala que el salvamento participa de la naturaleza de los actos conservatorios y, como tales, éstos resultan ser insusceptibles de ser interpretados como reconocimiento de la admisibilidad de los derechos del asegurado en los términos del artículo 56 de la ley de seguros argentina.

"Reconocimiento del derecho. Plazo. Silencio.

Art. 56. El asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la información complementaria prevista en los párrafos 2º y 3º del artículo 46. La omisión de pronunciarse importa aceptación".

No obstante, hace la salvedad de aquellas operaciones de salvamento previstas por el artículo 46-1, las cuales tienen virtualidad para ser consideradas como comunicación eficiente de la denuncia de siniestro.

"Art. 46. El tomador, o derechohabiente en su caso, comunicará al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de los tres días de conocerlo. El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si interviene en el mismo plazo en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro o del daño".

Las observaciones realizadas por el maestro argentino resultan acertadas ya que como bien dice, la diferencia entre ambos supuestos es nítida, pues si el asegurador participa, interviene o coopera en el salvataje de las cosas aseguradas, conforme al art. 15,2do párrafo "El asegurador no puede invocar las consecuencias desventajosas de la omisión o del retardo de una

declaración, denuncia o notificación (del siniestro), si a la época en que debió realizarse tenía conocimiento de las circunstancias a las que ellas se refieren".

Por el contrario conforme el fallo de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala 2ª, 22/12/1981, en autos "Mediterranean Austral c. Cía. de Seg. La Tandilense", se entendió que *"el hecho de asumir la aseguradora la tarea de reflotamiento del buque y abonado los gastos no implica reconocer que el siniestro estuviere cubierto por la póliza, atento que la reflotación constituye un acto ineludible y de elemental prudencia, para determinar la importancia y naturaleza de los daños y sus causas y atenuar sus consecuencias"*[89], por lo tanto insusceptible de ser interpretado como una actuación que sirva de antecedente para el reconocimiento de los derechos del asegurado.

8.2. Condiciones de admisibilidad

Sobre la prevención, Halperín y Barbato escriben que "el asegurado debe evitar los daños aplicando diversas medidas de prevención. Las pólizas fijan a veces precauciones que deben ser adoptadas: así, en materia de incendio, los equipos matafuegos (su clase y número), empleo de material incombustible para ciertas instalaciones; en el seguro de accidentes del trabajo, se impone la observancia estricta de las reglamentaciones protectoras; en el seguro de la responsabilidad automóvil, la inspección periódica del vehículo; en el seguro de robo, 'las medidas de seguridad razonables para evitar todo robo': puertas y ventanas con herrajes y cerrojos en perfecto estado, etc"[90].

Con ese criterio manifiestan que si bien las pólizas sancionaban la violación de estos deberes con la caducidad de los derechos nacidos del contrato, dicha sanción no es de aplicación por imperio del art. 72, en cuyo segundo párrafo se prevé que la violación dolosa o por culpa grave sólo autoriza a reducir la indemnización. Señalan que dicha sanción no puede ser variada, porque el art. 36 sólo lo autoriza cuando no exista sanción en la ley, razón por la que para los autores, el incumplimiento de estas medidas de prevención no puede producir un efecto distinto del estipulado en el art. 72.2.

Respecto de la carga de evitar o disminuir los daños indican que se trata de una carga de contenido distinto de la de mantener el estado del nesgo, por cuanto ésta se fundamenta en evitar un cambio arbitrario del aumento de probabilidades de la producción del siniestro sin referencia a su acaecimiento efectivo; mientras que la carga de evitar y disminuir el daño expresada en el

art. 72 contiene el deber de adoptar medidas para cuando éste se concrete o amenace concretarse; por ello tiene por objeto: evitar total o parcialmente el daño, Dicho deber se inicia desde que el siniestro es inmediatamente inminente, momento en el cual se puede calcular razonablemente que se producirá el siniestro subsistiendo hasta que son posibles los daños[91].

8.3. Sujeto pasivo de la carga

Ateniéndonos literalmente al texto del artículo 72 de la Ley de Seguros, la carga recae sobre el asegurado, debiendo ser cumplida por todos ellos si son varios o por sus sucesores, pudiendo ser efectuada por un subordinado del asegurado, e inclusive por un tercero; sin embargo, ello no significa que pueda serles exigibles o que de su incumplimiento se predique una sanción contra el asegurado[92].

En caso de enajenación deberá ser ejecutada por quien, de acuerdo al momento en que sea necesario cumplir, esté en condiciones de realizarla. La violación previa del vendedor es oponible al comprador, pero la posterior solamente lo será en la medida en que resulte responsable por el hecho de un tercero.

Stiglitz con un criterio que compartimos, asegura que resulta más razonable establecer como principio que las medidas deben ser adoptadas por el titular del interés asegurable (tomador, asegurado o beneficiario, en su caso), y de ellos el que se halle en mejores condiciones para llevar a cabo la medida y concluye en que la carga recae sobre el tomador, y en el seguro por cuenta ajena, sobre el tomador o el asegurado, según el caso.

8.4. Modalidades de la carga

Como fuera señalado anteriormente el cumplimiento de la carga puede materializarse por medio de un acto positivo (*facere*), o bien de una omisión *(non facere),* debiéndose realizar conforme a los caracteres del riesgo asegurado y las peculiaridades del siniestro[93] y el comportamiento debido estará en relación a evitar o mitigar los daños con relación al riesgo cubierto vigente, con la debida diligencia correspondiéndose con el “límite de lo posible” y adoptando un criterio de razonabilidad que se presume en las instrucciones del asegurador, cuando estas hayan ocurrido, y cuando ello no ocurre se deberá actuar conforme las medidas que haya tomado hombre prudente o diligente.

8.5. Tratamiento de los gastos

Reembolso, gastos, salvamento

Art. 73. El asegurador está obligado a reembolsar al asegurado los gastos no manifiestamente desacertados realizados en cumplimiento de los deberes del artículo 72, aun cuando hayan resultado infructuosos o excedan de la suma asegurada.

Reembolso infraseguro

En el supuesto de infraseguro se reembolsará en la proporción indicada en el artículo 65, párrafo segundo.

Instrucciones del asegurador

Si los gastos se realizan de acuerdo a instrucciones del asegurador, éste debe siempre su pago íntegro y anticipar los fondos si así le fuere requerido.

Los gastos de salvamento son por cuenta del asegurador en la medida en que las actuaciones efectuadas y los gastos que ella demande "sean consecuencia de un siniestro amparado por la póliza", ello debido a que aunque parezca una verdad de Perogrullo, si nos referimos a salvamento, el mismo sólo podría acontecer frente a un riesgo cubierto ya que de lo contrario no existiría riesgo que salvar.

Aunque es válido indicar también, conforme enseña Stiglitz que el costo del salvamento afrontado por el asegurador, no implica la asunción de un riesgo independiente o autónomo sino que se condice con una carga complementaria que opera sólo en tanto y en cuanto se produzca la transformación del riesgo cubierto en siniestro indemnizable[94].

8.6. Las instrucciones del asegurador

Tratándose de un deber de conducta establecido en cabeza del asegurado, es adecuado que las instrucciones del asegurador resulten una prerrogativa que la ley le otorga a éste, razón por la que no existe una obligación a que las efectúe. De tal forma, la carga de salvamento debe ser observada por el asegurado aun cuando no haya ningún tipo de instrucciones por parte del asegurador, en razón de que éste puede o no ejercer el derecho de suministrarlas.

Las instrucciones deben emanar del asegurador, de su representante, o de un mandatario o agente institorio con facultades (art. 54, L.S.), quedando excluidos de tal carácter los productores o agentes de seguros conforme lo estipulado en el art. 53 de la L.S., no siendo necesario que exista un pedido previo del asegurado para ejercer su derecho de impartir instrucciones.

La ley dispone que si los gastos se realizan de acuerdo con instrucciones del asegurador, éste debe siempre su pago íntegro, y deberá anticipar los fondos si así le fuere requerido (art. 73 *in fine*, L.S.), pero no puede aducir ulteriormente la infracción a la carga.

Como quedó expresado, si existe más de un asegurador y median instrucciones contradictorias, el asegurado actuará según las instrucciones que aparezcan más razonables en las circunstancias del caso (art. 72, L.S.). Sobre el particular Halperin afirma que si uno de ellos dirige la operación, sólo éste debe ser obedecido[95]; debiéndose aclarar que en el caso de la existencia de un coaseguro con un asegurador líder (abridor) será este a quien el asegurado deberá respetar.

No obstante, el deber del asegurado es seguir las instrucciones del asegurador en la medida de lo posible. Halperin indica que sólo en los seguros de accidentes y de la responsabilidad civil los límites del deber de acatarlas son más estrechos, una orden con una exigencia injusta no debe ser observada, lo cual se resolverá considerando todas las circunstancias del caso[96].

Así en el seguro de accidentes personales se debe sujetar a las instrucciones en tanto sean razonables (art. 150[97]). Y en el seguro de la responsabilidad civil, acatará las instrucciones con las consecuencias para el asegurador fijadas en el art. 111, 3er. párrafo[98], respecto de las costas judiciales, aun cuando el asegurado soporte formalmente el daño.

Por último es para resaltar que las instrucciones pueden ser dadas anticipadamente y convenidas convencionalmente por lo que estarán dispuestas en el condicionado de póliza.

Así también pueden tener fuente legal. Como ejemplo, en el artículo 104 L.S., referido al seguro de mortalidad de animales se señala “Cuando el animal asegurado enferme o sufra un accidente, el asegurado dará inmediata intervención a un veterinario, o donde éste no exista, a un práctico”[99].

8.7. Sanción por incumplimiento de la carga. Dolo o culpa grave

Al abordar el tema de la inejecución dolosa Donati, señala que la misma se encuentra en función de la omisión total o parcial del deber con miras a la obtención de la indemnización[100]; mientras que será culposa cuando la omisión consista en la falta de cumplimiento de la diligencia necesaria exigible al buen padre de familia.

La ley de Seguros establece en el artículo 72 segundo párrafo que: "Si el asegurado viola esta obligación dolosamente o por culpa grave, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnizar en la medida que el daño habría resultado menor sin esa violación".

Halperin señala que el artículo fija la sanción por el incumplimiento de la carga, por lo cual el contrato no puede fijar otra (art. 36) que sea más grave para el asegurado, por tratarse de una norma que conforme el art. 158 de la LS resulta ser inmodificable por su letra o naturaleza. Por lo que para que la sanción sea posible la violación del deber debe ser dolosa o por culpa grave y su consecuencia es la liberación del asegurador en la medida en que el daño hubiera resultado menor sin esa violación[101].

En crítica a estos conceptos Stiglitz señala que no comparte dicha conclusión puesto que no sería la que resulta del texto legal ya que el art. 72-2 importa una caducidad tratándose de la sanción consistente en la pérdida del derecho del asegurado o en la liberación del asegurador y que deviene del incumplimiento de la carga de salvamento. Afirma que la caducidad es pérdida del derecho por inejecución de la carga, sin distinciones, ya sea proveniente del dolo o de la culpa grave del asegurado; dejando el mínimo establecido en el artículo para el supuesto de inejecución por culpa leve[102].

Stiglitz entiende que cuando el asegurado pudo eliminar la posibilidad misma del siniestro y no lo hace el asegurador se libera totalmente. Citando a Donati suministra el ejemplo de la tempestad que amenaza con un naufragio. Si el asegurado omite deliberadamente alejarse, ha inejecutado la carga de salvamento, pues ha omitido proveer lo necesario, en este caso, para evitar el siniestro[103].

En realidad este supuesto no está haciendo referencia a la inejecución de la carga de salvamento, sino que se refiere a la realización de un acto que debe ser calificado como con culpa grave por cuanto el mismo altera la probabilidad de que el siniestro ocurra.

No debemos dejar de recordar que el artículo en análisis está haciendo referencia a la conducta requerida para el salvamento y no a la actividad

dolosa o con culpa grave direccionada a producir el siniestro ya que en este supuesto la sanción de caducidad del derecho estará fundada en el art. 70 de la L.S.[104].

Por lo expresado, no encuentro en el texto del citado artículo la interpretación que Stiglitz brinda ya que el párrafo legal resulta bastante claro cuando señala "Si el asegurado viola esta obligación dolosamente o por culpa grave, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnizar en la medida que el daño habría resultado menor sin esa violación", por lo que la sanción contemplada en el artículo debe entenderse con exclusividad para el incumplimiento de la carga por dolo o culpa grave.

8.8. Reembolso de los gastos de salvamento

El artículo 73 de la L.S. se señala: "El asegurador está obligado a reembolsar al asegurado los gastos no manifiestamente desacertados realizados en cumplimiento de los deberes del artículo 72, aun cuando hayan resultado infructuosos o excedan de la suma asegurada. En el supuesto de infraseguro, se reembolsará en la proporción indicada en el artículo 65, párrafo segundo".

El principio general consiste en que los gastos efectuados para evitar o disminuir el siniestro son reembolsables al asegurado[105]. Parte de la doctrina señala que su fundamento está dado en función de que los mismos se realizan sustancialmente en interés del asegurador.

Por el contrario, entendemos que el fundamento del reembolso no está dado solamente en función de ello, sino que basados en los fundamentos ya expuestos con anterioridad los mismos son reembolsables por cuanto direccionar la actividad a la evitación o disminución de los daños tiene una connotación valiosa con fundamento en el principio de transparencia, economía y sustentabilidad que se persigue, ya que de lo contrario, es decir, sin que el asegurado tuviera derecho al reembolso de los mismos vería agravada su indemnidad.

Prueba de ello es que la obligación del reembolso por parte del asegurador se extiende a los gastos de salvamento aun cuando, sumados al monto del daño, excedan la suma asegurada, y cuando pese a la adopción de tales medidas la finalidad de evitación o aminoración no se haya alcanzado.

La obligación aludida alcanza en virtud de lo expresado por el art. 70, a la reparación de los daños materiales provocados a las cosas aseguradas por

parte del asegurado que hayan sido utilizados para el salvataje ya que los mismos no pueden ser invocados por el asegurador para sostener la provocación del siniestro respecto de ellos.

Por ello conviene establecer hasta qué punto los gastos que se realicen se encuentran relacionados con la carga enunciada por el art. 72. Sobre el particular es de recordar que la carga resulta exigible desde que el siniestro es inmediatamente inminente, subsistiendo hasta que son posibles los daños. En consecuencia hasta dicho momento serán reembolsables, ya que de lo contrario el gasto efectuado responderá exclusivamente a la conservación de la cosa asegurada.

Para delimitar correctamente el reembolso se deberá establecer el momento de finalización del siniestro, debiéndose estar atento a las consecuencias que el mismo produce o produciría en función de la teoría causalidad adecuada la que variará de acuerdo al tipo de siniestro y cobertura de que se trate.

8.9. El límite de la franquicia

Al abordar la cuestión Isaac Halperin, indicó que "… la circunstancia de que el daño no exceda de la franquicia pactada, no libera al asegurador por los gastos, ni tampoco porque éstos no alcancen a exceder de esa franquicia".[106].

Entendemos que salvo en lo concerniente a la proporción de reembolso indicada en el art. 73.2 LS para el caso del infraseguro, existe una total independencia entre los gastos de salvamento y la suma asegurada.

El sustento de tal afirmación se encuentra en el primer párrafo del mencionado artículo que establece que la Compañía de Seguros tiene la *obligación* de reembolsar los gastos aunque"… excedan de la suma asegurada".

En tal sentido resulta pertinente la crítica efectuada por Waldo Sobrino, con quien coincidimos, ya que entendemos que si la responsabilidad de la aseguradora en el reembolso de los gastos de salvamento, *"excede"* la suma asegurada, ello significa que esa responsabilidad es más"… *grande".* (Diccionario de la Real Academia Española), Por esta razón el asegurador debe reembolsar la totalidad de los *gastos de salvamento*, ya que la referencia de la ley se encuentra dada tanto para el máximo de la suma asegurada como para su mínimo representado por el monto de la franquicia[107].

Por otro lado, la solución adoptada por la ley de seguros tiene su correlato desde una perspectiva lógica por cuanto, al ser los gastos de salvamento en beneficio preeminente de la aseguradora, resulta claro que todas esas erogaciones efectuadas por el asegurado, deben ser reembolsadas.

Señala Sobrino que en realidad, la franquicia no es un instituto que se tenga que aplicar al tema de Salvamento, por cuanto la totalidad de los gastos de salvamento que realice el asegurado, van a beneficiar a la Compañía de Seguros, para no pagar el siniestro o disminuir sus consecuencias, ya sea que los montos gastados estén dentro o fuera de la franquicia establecida. Coincidimos con esta posición considerando apropiado su ejemplo que dice: *"supóngase que existe un seguro con una suma asegurada de Diez millones de pesos, con una franquicia de cien mil pesos y resulta que gracias a que el asegurado realizó un gasto de salvamento de cincuenta mil pesos, la Compañía de Seguros se ahorró de pagar los Diez millones de pesos". Resulta una verdad de a puño que la Compañía de Seguros se ha visto beneficiada en el ahorro del pago del siniestro (v. gr. diez millones de pesos), a raíz de los gastos de salvamento de cincuenta mil pesos realizados por el asegurado (que se encuentran dentro de la franquicia)"*[108].

En este punto deseamos destacar una cuestión, que permitirá establecer claramente cual es el objeto de la implementación del instituto de la franquicia.

Tanto un sector importante de la doctrina como la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio y otros"[109] han entendido que la franquicia resulta ser una modalidad tendiente a estimular en el asegurado la prevención del siniestro.

En nuestro criterio esa postura reitera un error habitual confundiendo el establecimiento de una franquicia con lo que técnicamente en materia de seguros se conoce como descubierto obligatorio.

En efecto, la franquicia llamada también "seguro a segundo riesgo", resulta ser una delimitación objetiva de la cobertura, de naturaleza contractual, que pone en cabeza del asegurado la asunción de ciertas consecuencias dañosas pero que de ningún modo está enfocada a la prevención; casualmente su origen, válido por cierto, está relacionado con la frecuencia de la siniestralidad, teniendo por finalidad liberar al asegurador de indemnizar los daños minúsculos o insignificantes, debiendo sólo responder cuando la

misma supere dicha base mínima. De esta forma el asegurador evita participar en los denominados "pequeños siniestros" identificados por la existencia de daños por un monto inferior a una cifra predeterminada, facilitando la gestión empresarial y suprimiendo costos administrativos de mayor cuantía que el siniestro mismo.

No obstante ello y coincidiendo con su apreciación señala Domingo López Saavedra que a veces el establecimiento de las franquicias surge de los propios asegurados quienes buscan la reducción de la prima contratando el seguro con importantes franquicias, merced a su respetable capacidad económica[110].

La franquicia puede ser "*simple o condicional"*: Libera al asegurador de la cobertura de siniestros cuya entidad económica no supere cierto importe; aunque si lo supera, el asegurador deberá cubrir *todo el daño*. En cambio, la modalidad más utilizada resulta ser la denominada franquicia *"absoluta o incondicional":* En esta se fija en un importe o porcentaje determinado que se deduce de la indemnización debida, cualquiera sea su cuantía[111].

En ninguna de sus modalidades su fundamento se encuentra en el principio de la prevención, sino por el contrario resulta para excluir los siniestros más frecuentes. Lo señalado tiene sustento en el hecho de que el asegurado puede contratar otro seguro a los efectos de encontrarse cubierto por dicho importe y/o eliminar la franquicia del contrato mediante el pago de una extraprima.

Por el contrario, el Descubierto Obligatorio, frecuentemente utilizado en las pólizas de Responsabilidad Civil, Seguro Técnico y Robo de Valores; también resulta ser una delimitación objetiva de la cobertura que opera sobre el daño y no sobre la suma asegurada por medio del que se establece una participación porcentual a cargo del asegurado *"que no puede ser cubierta por otro seguro"*. De tal forma, el asegurado participa del daño en todos los siniestros, por lo que es éste y *"no la franquicia"* el recurso con el cual cuentan los aseguradores para establecer un limite para que los daños causados les sean trasladados en su integridad. Efectivamente en estos supuestos, al recaer una parte de la indemnización en su patrimonio mantendrá el efecto disuasivo al que se refirió el supremo tribunal y que la doctrina quiere rescatar.

No obstante el fallo del Supremo, la doctrina y la jurisprudencia argentina son acordes respecto de señalar la inoponibilidad al damnificado de la

franquicia cuando la misma resulte desmesurada, sea esta derivada de un contrato de seguro voluntario, o de las impuestas por la Superintendencia de Seguros de la Nación para los denominados seguros obligatorios.

Así, María Fabiana Compiani señala que *"La aparición del fenómeno de las franquicias excesivas y, en ocasiones, exorbitantes, ha creado la necesidad de admitir la excepción al principio general de su oponibilidad. La sanción que corresponde en los casos de franquicias irrazonables será la de la inconstitucionalidad de la resolución de la autoridad de control que la fije o la nulidad parcial y absoluta de la cláusula convencionalmente incorporada en la medida de su exceso".* Concluyendo que la finalidad última del seguro obligatorio automotor es la protección de las víctimas de los accidentes de tránsito por lo que toda franquicia conspira y desnaturaliza la finalidad protectoria de este seguro, como ha sido reconocido en la legislación de la Comunidad Europea mediante las sucesivas directivas que fijan la inoponibilidad de la franquicia"[112].

8.10. Impugnación de los gastos de salvamento

Coincidiendo con Stiglitz, el asegurador puede impugnar los gastos de salvamento, en los siguientes supuestos por el asegurador:

1. para el supuesto de contrato celebrado con un solo asegurador que haya emitido instrucciones, su ejecución incorrecta no ateniéndose a su solicitud[113];
2. para el supuesto de contrato celebrado con un solo asegurador que no haya emitido instrucciones, la realización de gastos manifiestamente desacertados;
3. para el supuesto de contrato celebrado con más de un asegurador, pero con uniformidad de instrucciones, su inobservancia[114];
4. para el supuesto de contrato celebrado con más de un asegurador, pero mediando instrucciones contradictorias, la realización de las diligencias que no aparezcan como las más razonables conforme las circunstancias del caso.

El asegurador que impugne los gastos realizados por las razones enumeradas deberá acreditar en su caso: (a) la existencia de instrucciones; (b) su inobservancia; (c) desacierto en la selección de medidas de salvamento en

cuanto no se adaptan a las circunstancias del caso, cuando provienen de instrucciones contradictorias; (d) gastos manifiestamente desacertados.

Con relación a este último presupuesto, el gasto manifiestamente desacertado podría estar referido por un lado al costo del medio acertadamente elegido, pero excesivamente oneroso comparado con similares de plaza, para lo que el asegurador deberá sopesar la urgencia en la provisión de tal medida; como así también puede estar referido al costo de un medio de salvamento irrazonablemente seleccionado.

Al abordar este tema Halperin destaca que el criterio no está dado por el juicio del asegurador o asegurado, sino que el asegurador debe el reembolso de los gastos prudentes indicando que deben catalogarse como tales aquellos que por las circunstancias, habrían sido realizados por un hombre razonable, sin que se deban considerar o investigar las condiciones particulares del asegurado, debiéndose evaluar la actividad desarrollada conforme al momento y las circunstancias en fue adoptada la medida, y no con el juicio de los hechos posteriores, de los que viene a resultar su falta de necesidad o inconveniencia[115].

Conforme la L.S, si los gastos han sido efectuados por un tercero, éste tiene derecho al reembolso, pero el mismo sólo sería exigible al asegurado, y a su vez este último ejercerá su derecho contra el asegurador. O sea que el tercero carecerá de acción directa contra el asegurador para obtener el reembolso de los gastos de salvataje, con lo que se comprueba que la actuación del asegurado no resulta ser la de un mandatario del asegurador.

No obstante lo expresado en el párrafo anterior, entendemos que los gastos realizados por un tercero también pueden serles exigidos al asegurador conforme lo normado por el Código Civil y Comercial en los artículos referidos a la función y acción preventiva, temas que serán abordados en el capítulo respectivo.

Coincidimos con Sobrino[116], con respecto a que las pautas de la ley de seguros argentina referidas al Salvamento, determinan que:

- se puede superar la *suma asegurada,*
- no se aplica la *franquicia,*
- no se reembolsa únicamente cuando existe *dolo* o *culpa grave,*
- dicho *dolo* o *culpa grave* debe ser personal del *propio asegurado,*

- se debe reintegrar *aunque resultaren infructuosos,*
- se reembolsan todos los gastos de salvamento salvo que fueran *manifiestamente desacertados.*

8.11. Condicionados abusivos

No obstante lo señalado, en mi experiencia personal como Liquidador de Siniestros y Averías he podido advertir que frecuentemente existen algunos condicionados de pólizas que claramente pretenden vulnerar estas disposiciones legales excluyendo o limitando la cobertura de estos gastos, a veces estableciéndolos directamente como un sublímite de las sumas aseguradas lo que claramente resulta totalmente ilegal, tal como es sostenido por Waldo Sobrino[117].

Solo por enumerar alguna de las coberturas a las que hacemos referencia, por ejemplo, se indican exclusiones o limitaciones para la cobertura de Retirada de Productos para los seguros de Responsabilidad Civil Producto; coberturas Todo Riesgo Operativo con sublímites de Gastos de Aceleración o Costos Extras, Gastos Extraordinarios e insólitamente hasta sublímites de Gastos de Extinción de incendios, lo que evidencia la ilegalidad manifiesta de estos condicionados.

Por lo expresado, entendemos que tratándose de gastos que tienen por finalidad evitar o disminuir el daño, las cuestiones antes mencionadas se deben considerar como "*Gastos de Salvamento"* y de los *"Deberes de Prevención"*. Por ello, cualquier *"exclusión de cobertura"* de los mismos, aunque pretendan ser establecidas como caducidades convencionaldes, sea que se desprendan del contrato o que surjan de una reglamentación de la Superintendencia de Seguros de la Nación, no le va a quitar la *"nulidad genética intrínseca"* de las mismas, dado que como bien enseña el art. 989 del Código Civil y Comercial", … la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial"[118].

Así también, la incorporación de normas relativas a la función preventiva de la responsabilidad motivó que la Superintendencia de Seguros de la Nación (en adelante SSN), ante la solicitud de las cámaras de aseguradores para incorporar a las mismas como exclusión expresa en las Condiciones de Póliza, dictase normas en materia de seguro obligatorio automotor y de seguro de responsabilidad civil automotor y de Responsabilidad Civil excluyendo de la cobertura con carácter general –salvo pacto en contrario– la

responsabilidad del asegurado que pueda provenir del deber de prevención establecido en el artículo 1710 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El órgano de control, además de fundar la necesidad de la norma en la referida solicitud corporativa, indica que la finalidad principal del seguro responsabilidad civil es el resarcimiento de un daño, dejando de lado cualquier otra obligación no contemplada en el mismo. En la nueva normativa el eje de la regulación ya no está puesto sólo en el resarcimiento sino también y muy principalmente en su prevención y que el mismo no debiera ser objeto de cobertura asegurativa en virtud que la contratación de un seguro no debe constituirse en una fuente de estímulo para evitar el cumplimiento del valor, principio y deber de prevenir la provocación de un daño o, en su caso, impedir su agravamiento.

Continuando con su relato la SSN, refiere que la cobertura sobre la prevención podría implicar el amparo de ciertas conductas disvaliosas de parte del asegurado debido al desentendimiento respecto del riesgo, provocando el efecto contrario y que el Artículo 70 de la LS recepta el deber preventivo al señalar que en caso que el tomador o el beneficiario provoquen el siniestro con dolo o por culpa grave, salvo los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado.

Ahora bien, si la SSN refiere la recepción del deber preventivo en virtud de la excepción reglada en el art. 70, no se entiende la razón por la que desconoce la existencia de los arts. 72 y 73 LS que casualmente son los que fundamentan la inclusión de tal excepción.

Por ello la Resolución de la SSN resulta violatoria de los artículos 72 y 73 LS ya que los mismos resultan ser normas inmodificables total y parcialmente por su letra o naturaleza conforme la categorización del art. 158 LS. Esto debido a que se puede apreciar que se encuentran expresados en términos imperativos y que el deber de salvamento resulta esencial en el contrato de seguros, ya que de no existir dicho instituto quedaría en manos del asegurado el pago de la indemnización por parte del asegurador[119].

Sin perjuicio de lo expresado coincidimos con Sobrino respecto de que esta *"exclusión de cobertura"* resulta antijurídica además, por violentar las pautas del art. 10 y el art. 958 que establecen que no se puede conculcar el *"orden*

público" y también echaría por tierra todo lo referente a la protección contra las *"Cláusulas Abusivas"* (arts. 988, 1118 y complementarios).

Se trata para nosotros de una Cláusula absolutamente *"ilegal"* que además aporta *"confusión"* en torno a los alcances del seguro, por cuanto una Cláusula de una Póliza no puede dejar sin efecto normas sustanciales del Código Civil y Comercial[120] y de ningún modo podría pretender tornar inaplicables las disposiciones referidas al deber de salvamento, derivadas de los deberes establecidos en los arts. 72 y 73 de la Ley de Seguros[121].

Por lo tanto, y conforme lo hemos consignado en el capítulo correspondiente teniendo en cuenta que la evolución de la responsabilidad ha ampliado su horizonte amparando la prevención y su estrecha vinculación con el deber de salvamento es que las normas de los artículos 72 y 73 de la L.S. deben considerarse aun más como de naturaleza inmodificable.

9. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Analizados los alcances que tiene el Deber de Prevención establecido en el art. 1710 y el deber de salvamento del art. 72 y 73 de la LS, concluimos mostrando la interrelación existente entre ambas a los fines de establecer similitudes, diferencias y si existen influencias de uno sobre otro que modifiquen lo ya expuesto.

En primer término debemos señalar la distinta naturaleza jurídica de ambos institutos, ello que conforme fuera analizado en los capítulos anteriores el Deber de Prevención resulta ser una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido mediante la Acción Preventiva; mientras que el Deber de Salvamento de la LS es una carga.

En la prevención, si un tercero evita o disminuye el daño podrá ser resarcido de los gastos incurridos de acuerdo a las normas del enriquecimiento sin causa. En el salvamento, en cambio, el asegurador deberá resarcirlo siempre que las medidas no sean manifiestamente desacertadas, siendo que además ante el incumplimiento debe responder a menos que se acredite que el asegurado haya actuado con dolo o culpa grave en el incumplimiento de la carga y aun cuando ello pueda ser acreditado. Sólo se podrá no resarcir el mayor daño producido por el incumplimiento, lo que equivale a decir que tiene que existir relación causal entre el incumplimiento y el daño originado por la inobservancia.

Así también, la prevención está direccionada de forma genérica a la idea de evitar los daños, y si los mismos fueron producidos, contribuir a su minoración; ya que conforme hemos señalado, la evolución social requiere para este momento histórico como respuesta al tratamiento de los de daños, que los mismos no se produzcan debido a que las reparaciones o indemnizaciones que se implementaron como respuesta ex post al resultan ser incompletas y tardías; siendo sujetos pasivos de la norma toda persona con lo que resultan obligados el dañador, la propia víctima y hasta los terceros.

El deber de salvamento de la LS se encuentra dispuesto como un deber de conducta para el asegurado que tiene una finalidad más específica ya que se encuentra direccionado a la evitación (y minoración) de los daños pero de un siniestro que resulte inminente[122].

Señala Sobrino que Carlos Juan Zavala Rodríguez al analizar el Salvamento del art. 524 del viejo Código Comercial ha indicado que esta carga nace"... *en presencia del peligro inminente de que el siniestro se produzca"*.

De igual forma los Meilij y Barbato indican que *"El deber de ejecución de los actos de salvamento nace con la inminencia del siniestro, sin necesidad de requerimiento alguno del asegurador"*.[123].

De ello se concluye que para que dicho deber sea exigible, el asegurado tiene que estar enfrentando una "*crisis"*, en el sentido que advierta que el daño se va a materializar conforme el curso normal y ordinario de los acontecimiento o que el mismo ya se encuentre en curso como indica Sobrino[124].

Soler Aleu al respecto detalla, que no se puede pretender que el asegurador reintegre al asegurado aquellos gastos como ser la colocación de puertas contra incendios, sprinklers, sistemas automáticos de alarma, o el sueldo de un sereno, so pretexto de que son providencias adoptadas para precaver o disminuir los daños ocasionados por un eventual incendio. En igual sentido Sobrino indica que estas medidas de prevención forman parte de los deberes de conducta de una persona razonable debiéndose considerar dentro de las acciones que todo buen hombre de negocios debe adoptar, razón por la que si no son causadas por la inminencia de un siniestro, no deben ser abonadas por la Compañía de Seguros; adhiriendo por nuestra parte a estas posturas doctrinarias[125].

Soler Aleu además señala que por el conrario el asegurador deberá reitegrar los gastos efectuados por el asegurado, si como consecuencia de un inendio en un lindero se adoptan medidas o precauciones para evitar la comunicación del fuego hostil a su local, como pueden ser la contratación de peones llevar los efectos asegurados a otro local, o la realización de cortafuegos, aun cuando las medidas adoptadas no hubieran impedido el siniestro o disminuido los daños"[126].

Y a continuación, profundiza el análisis señalando que en verdad, los aseguradores reintegran los gastos de prevención efectuados por el asegurado y no comprendidos como cumplimiento del deber de salvamento, de manera indirecta y mediata por medio de las bonificaciones o rebajas de prima, pues tales providencias benefician al asegurador al eludir el siniestro o a atenuar

sus consecuencias dañosas, siendo además que la ley de seguros en su art. 34 dispone el derecho al reajuste por la disminución del riesgo[127].

El *"Deber de Prevención"* es la aplicación específica del principio del *alterum non laedere* del art. 19 de la Constitución Nacional y no solo respecto a que *no existe un derecho a dañar*, sino que del mismo modo hay que evitar que el daño se produzca.

No obstante, y en lo que a nuestro tema se refiere, el *Deber de Prevención* incluye situaciones que no se encuentran comprendidas dentro del *Deber de Salvamento*, como serían todas las cuestiones que *"no son inminentes"*.

Planteada la cuestión en estos términos y encontrándose plenamente demostrado que el asegurador se encuentra obligado al reintegro de los gastos que tengan como causa un deber de salvamento, vale decir aquellos que se deban incurrir cuando se advierta la inminencia del siniestro o cuando el mismo comenzó a ocurrir; entendemos que la acción preventiva podrá ser direccionada contra el asegurado y su asegurador.

Así también, si tenemos en consideración que el art. 1712 Código Civil y Comercial de la Nación con un criterio muy amplio establece que tendrán *legitimación activa* para requerir el *Deber de Prevención*, quienes *"acrediten un interés razonable"*, entendemos que las aseguradoras ante la inmediatez de la ocurrencia del siniestro pueden recurrir a la interposición de la acción preventiva a los efectos de *"obligar"* a sus asegurados e inclusive a los terceros que resulten víctimas de un hecho por causa de un riesgo asegurado, a la implementación de las medidas de salvamento ya sea para evitar o disminuir el mismo, de modo tal de que por medio de esta acción se puede verificar que en la relación asegurativa, esta carga del deber de evitar o disminuir los daños se ha convertido en una verdadera obligación exigible por parte del asegurador.

BIBLIOGRAFÍA

ADELFI, R.L. and KRAISELBURD, S.B., 2018. *Responsabilidad Preventiva Como Riesgo Asegurable.* Congreso Nacional de Derecho de Seguros – Argentina.

ALEU, A.S., 1980. *Seguro De Incendio: Análisis Exegético, Jurisprudencia, Doctrina.* Editorial Universidad.

ALFONSO SÁNCHEZ, R., 2005. Deber y Gastos De Salvamento En El Artículo 17 De La Ley De Contrato De Seguro.

BARBATO, N.H., 1971. Las Cargas y El Seguro. Revista De Derecho De Seguros, Ediciones Librería Jurídica. La Plata. *Rds*, vol. Tomo I, no. Año I, pp. 107-135.

BERIAIN, J. BECK, U., GIDDENS, A. and LUHMANN, N., 2011. *Las Consecuencias Perversas De La Modernidad.* Tercera ed. Anthropos.

BROSETA PONT, M., 1961. El Contrato De Reaseguro. *Editorial Aguilar, Madrid*.

COMPIANI, M.F., 2016 (abril). *La Prevención En El Derecho De Seguros. Revista RCCyC. La Ley Thomson Reuters Cita Online AR/DOC/913/2016.*

CRUZ, C. La Fábrica Como Núcleo Productivo y Efector Disciplinario. Origen De La Ciudad Moderna.

DE AGUIAR DIAS, J., 1957. *Tratodo De La Responsabilidad Civil.* JM Cajica.

DE CUPIS, A. and SARRIÓN, A.M., 1975. *El Daño: Teoría General De La Responsabilidad Civil.* Bosch.

DI PIETRO, A. *Sobre El Principio "alterum Non Laedere".* Available from: http://www.abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508).

DIEZ SCHWERTER, J.L., 2016. La Aplicación De La Acción Por Daño Contingente En Chile, Colombia y Ecuador: Del Modelo De Bello a Nuestros Días. *Revista De Derecho Privado*, no. 30, pp. 257-286.

DÍEZ SCHWERTER, J.L., 2016. La Acción De Daño Contingente Del Artículo 2333 Del Código Civil Chileno: Sus Elementos y Ámbito De Aplicación. *Revista De Derecho (Valparaíso),* no. 46, pp. 133-153.

DONATI, A., 1960. *"Los Seguros Privados".* Bosch.

Dpto de Prevención de incendios de Mapfre Industrial S.A. dirigido por MIRA CANDEL, FILOMENO., 1978. *La Prevención De Incendios y El Seguro En Diversos Sectores Industriales.* COLECCION TEMAS DE SEGUROS 28 ed. España: EDITORIAL MAPFRE.

EICHLER, W., 1976. *Versicherungsrecht, 2ª.* Ed., Karlsruhe.

FERREYRA, R.A.V., 2016. La Función Preventiva De La Responsabilidad Civil. Antijuricidad Formal o Material. *Revista De Responsabilidad Civil y Seguros: Publicación Mensual De Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, vol. 18, no. 8, pp. 5-15.

FONTANARROSA, R., 1970. "El Régimen De Las Caducidades Establecido En El Art. 36 De La Ley De Seguros 17.418". *Rds*, vol. TOMO I, no. AÑO I, pp. 31-38.

GNECCO, L.P., 2016. *Reflexiones Acerca De La Acción Preventiva De Daños En El Nuevo Código Civil y Comercial.* Available from: http://www.abogados.com.ar/index.php/reflexiones-acerca-de-la-accion-preventiva-de-danos-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/18600.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., 1986. "Notas Para Un Concepto De Carga" Revista General De Legislación y Jurisprudencia. *Rglj*, pp. 190 ss.

GRAVINA, M.S., 2015. *"Principios Jurídicos Del Contrato De Seguro".* 1ra. Edición ed. Ciudad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires – Madrid – México.

GREENE, M.R., 1976. *Riesgo y Seguro.* Mapfre.

GREZ, P.R., 1999. *Responsabilidad Extracontractual.* Editorial jurídica de Chile.

HALPERIN, I. and BARBATO, N.H., 2001. *Seguros: Exposición Crítica De Las Leyes 17418, 20091 y 22400.* Ediciones Depalma.

HERRMANNSDORFER, F. and SANZ, A.L., 1933. *Seguros Privados.* Labor.

HIGHTON, C. and COLOMBO, M.C., 2018". A*lgunas Consideraciones Para Entender La Función Preventiva En El Derecho De Seguros".* Congreso Nacional de Derecho de Seguros – Argentina ed., Mendoza.

JARAMILLO, C.I.J., 2013. *Los Deberes De Evitar y Mitigar El Daño En El Derecho Privado: Funciones De La Responsabilidad Civil En El Siglo XXI y Trascendencia De La Prevención.* Editorial Temis.

JAVIER, T.J., 1989. De La Responsabilidad Civil.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., 2009. *Funciones y Fines De La Responsabilidad Civil,* Libro Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil ed. Córdoba.

KÜHBORTH, G., 1988. *Die Obliegenheiten Des Versicherungsnehmers in Der Rechtsschutzversicherung Beim Und Nach Dem Eintritt Eines Versicherungsfalles.*P. Lang.

LABELLA, H.R., 1986. Prevención De Siniestros, vol. Año III, Nro. 9, no. Editorial Imprelex, pp. ED.

LLAMAS POMBO, E., 2011. *"Los Problemas Actuales De La Responsabilidad Civil".* Available from: http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca2011/content/pdf/a1/7.p

LORENZETTI, R.L. (., 2014. *Código Civil y Comercial De La Nación Comentado.* 1ra. Edición ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

MAROÑO GARGALLO, M., 2006. El Deber De Salvamento En El Contrato De Seguro. Estudio Del Art. 17 De La Ley 50/1980.

MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., 2010. Pensar El Riesgo. En Diálogo Con Luhmann.

MARTORELL, J.E., 1971. Emerigon, o El Tratado Clásico De Seguros. *Revista De Derecho De Seguros*, vol. 3.

MEILIJ, G.R. and BARBATO, N.H., 1975. *Tratado De Derecho De Seguros: Contrato De Seguro, Seguros De Daños.* Zeus Editora.

MESSINEO, F., 1954. *"Manual De Derecho Civil y Comercial", Trad. De Santiago Sentís Melendo, t. 2.* Buenos Aires ed. Ediciones Jurídicas.

MOLINARI VALDÉS, A., 2004. De La Responsabilidad Civil Al Derecho De Daños y Tutela Preventiva Civil. *Santiago, LexisNexis*.

MUÑOZ PAREDES, M.L., 2018. *"El Deber De Declaración Del Riesgo En El Seguro".* 1ra. Edición ed. Ed. Aranzadi.

NICOLAU, N., 1996. La Tutela Inhibitoria y El Nuevo Art. 43 De La Constitución Nacional. *La Ley*. La Ley ed.

POMBO, E.L., 2010. Formas De Reparación Del Daño. *Revista De Responsabilidad Civil y Seguros: Publicación Mensual De Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, vol. 12, no. 9, pp. 3-39.

RIVERA, J.C. and Medina, Graciela (Directores) Ossola, Federico A., 2017. *Derecho Civil y Comercial. Responsabilidad Civil.* 1ra. Edición ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ROCHE, M.A.F., 2010. Ex Ante-Ex Post, Justificación De Un Derecho Propio y Específico De La Regulación. *Revista De Responsabilidad Civil y Seguros: Publicación Mensual De Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, vol. 12, no. 10, pp. 3-13.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., 2009. El Deber De Aminorar Las Consecuencias Del Siniestro En El Contrato De Seguro. *Madrid. Ed. Dykinson*.

SALAS, A.R., 2011. Daño, Riesgo y Seguros Ambientales. *Revista De Responsabilidad Civil y Seguros: Publicación Mensual De Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, vol. 13, no. 3, pp. 52-71.

SCHIAVO, C.A. Las Cargas y Caducidades Del Asegurador. *Revista Jurídica Argentina Del Seguro La Empresa y La Responsabilidad*, vol. 10-11-12, pp. 369.

SERRANO MORENO, J.L., 2010. La Sociedad Del Riesgo y El Derecho De La Sociedad.

SOBRINO, W., 2018. *Seguros y El Código Civil y Comercial.* 2da. Edición Actualizada y Ampliada ed. Buenos Aires: Thompson Reuters, La Ley.

STIGLITZ, R.S., 2016. *Derecho De Seguros.* 6ta. Edición actualizada y Ampliada ed. Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley.

STIGLITZ, R.S., 1973. Cargas y Caducidades En El Derecho De Seguros. *Revista De Derecho De Seguros*, vol. Nro. 9, pp. 147-153.

STIGLITZ, R.S. and STIGLITZ, G.A., 1997. *Derecho De Seguros.* Abeledo-Perrot.

TALCIANI, H.F.C., 2003. *Lecciones De Responsabilidad Civil Extracontractual.* Ed. Jurídica de Chile.

TRIGO REPRESAS, F.A. and LÓPEZ MESA, M.J., 2004. *Tratado De La Responsabilidad Civil: El Derecho De Daños En La Actualidad: Teoría y Práctica /.* Buenos Aires: La Ley.

VEIGA COPO, A., 2017. *Tratado Del Contrato De Seguro. 5ª Ed., Diciembre 2017.* 5ta. Edición ed. España: Thomson Reuters Aranzadi.

VIVANTE, C., 1952. *Del Contrato De Seguro, Ts. 14 y 15 Del Derecho Comercial De Bolaffio, Rocco y Vivante,* Ediciones Ediar S.A., Buenos Aires.

WILDAVSKY, A., 1988. *Searching for Safety.* New Brunswick.

YAGÜEZ, A., 1995. *Algunas Previsiones Sobre El Futuro De La Responsabilidad Civil: (Con Especial Atención a La Reparación Del Daño).* Civitas.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., 2015. *La Responsabilidad Civil En El Nuevo Código.* Córdoba: Alveroni.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., 2004. *Actuaciones Por Daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar.* Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., 1999. La Tutela Inhibitoria Contra Daños. *Revista De Responsabilidad Civil y Seguros: Publicación Mensual De Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*. Ed. La Ley ed.

[1] Ver Cruz, Carlos, “La fábrica como núcleo productivo y efector disciplinario” *Lecciones y Ensayos* Nro. 96, 2016 pag. 29, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires.

[2] Las consecuencias perversas de la modernidad, Beriain, Josetxo (Comp); Beck, Ulrich; Giddens, A; Luhmann; Pag. 13 Esta es la tesis de Cl. Offe, expuesta en un magnífico artículo titulado “Die Uttopie der Null-Option. Modernität und Modernisierung als Polistische Gütecriterieen”, Sociale Welt, monográfico (ed. De J. Berger), Die Moderne Continuitäten und Zäsuren, 4 (1986), pp. 97-117.

[3] *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Beriain, Josetxo (Comp); Beck, Ulrich; Giddens, A; Luhmann; Pag. 16 N. Luhmann, Sociologie des Risikos, Berlin, 1991, p. 37.

[4] Ob. Cit.M. Douglas y A. Wildavsky, *Risk and Culture. An Essay of the Selection of Technical and Enviromental Dangers*, Berkeley, CA., 1982; D. Douclous, “La construcción social du risque”, La Revue Française the Sociologie, 28 (1987), pp. 17-42; B.B. Johnson y B.T. Covello (eds.). *The Social and Cultural Construction of Risk Selectiona and Perception, Dordrecht*, 1987; S. Krimsky y D. Golding. Social Theories of Risk, Wesport, CT, 1992, pp. 83-117; *Hacia una sociedad del riesgo*, Revista de Occidente, monográfico (ed. De J.E. Rodriguez Ibañez), 150 (nov. 1993).

[5] Ob. Cit. Pag. 16 N. Luhmann, Sociologie des Risikos, Berlin, 1991, p. 37.

[6] Ob. Cit. Pag. 9.

[7] Ov. Cit. Pag 37.

[8] Ob. Cit. Pag. 24. U. Beck, Risikogesellschaft, op. cit, pp. 25 s.

[9] A. Wildavsky, *Searching for Safety,* Pag. 27, New Brunswick, 1988.

[10] Pag. 18 N. Luhmann, *“Risiko und Gefahr”, en Soziologische Aufklärung”*, vol. 5, Opladen, 1990, pp. 148-149, 152; Soziologie des Risikos, op. Cit. Pp. 30-31

[11] Martinez García, Jesús Ignacio. *Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho #21 pag. 175.

[12] Martinez García, Jesús Ignacio. *Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho #21 pag. 164.

[13] Di Pietro, Alfredo – Sobre el principio "alterum non laedere" indica que "… cuando Ulpiano afirma alterum non laedere como un precepto de la justicia, está afirmando algo más que un mero 'no dañar'; está afirmando que debemos evitar toda confrontación, toda agresión, toda lidia con nuestros semejantes" (disponible en http://www.abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508).

[14] Jaramillo, Carlos Ignacio Jaramillo *Los Deberes de evitar y mitigar el daño en el Derecho Privado* pag. 21 Ed. Temis 2013.

[15] Jaramillo, Carlos Ignacio J. op. cit. pag 21.

[16] Gustavo Ordoqui Castilla, *Derecho de daños*, t. i, Montevideo, La Ley, 2012, pág. 110. Citado por Jaramillo, Carlos Ignacio. op. Cit. Pag. 35.

[17] Zavala de González, Matilde *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, op. cit., pág. 25.

[18] Félix A, Trigo Represas y Marcelo López Meza (Tratado de la responsabilidad civil, t. i, Buenos Aires, La Ley, 2001, págs. 131 y 132).

[19] Kemelmajer de Carlucci, Aida Funciones y fines de la responsabilidad civil, op. cit., págs. 19 y ss. Indica las siguientes funciones: a) demarcatoria, b) vindicativa, c) preventiva, d) sancionatoria, e) resarcitoria o compensatoria f) distributiva, g) de garantía o de reafirmación de los derechos ciudadanos, h) preventiva e i) sustitutiva de otros medios.

[20] Ricardo de Ángel Yaguez, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Madrid, Civitas, 1995, pág. 231.

[21] José de Aguiar Dias, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. i, México, Editorial José M. Cajica, S.A., 1996, pág. 32.

[22] Ver Cruz, Carlos, “La fábrica como núcleo productivo y efector disciplinario” Ob. Cit.

[23] Díez Schwerter, José Luis La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil chileno: sus elementos y ámbito de aplicación Revista de derecho (Valparaíso), 2016,46, 133-153, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

[24] Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de 25 de enero de 2011, Rol 3172010, caratulada “Álvarez con Empresa de Ferrocarriles del Estado”.

[25] Sentencia del 3° Juzgado Civil de Concepción, de 21 de enero de 2015, Rol 71142012, caratulada “Florio con Himce Ltda”.

[26] Molinari Valdés, cit. (n. 4), pp. 204 y 205, citado a su vez por Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de febrero de 2015, Rol 73962014, caratulada “Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. con Sociedad Agrícola ARC Holding Ltda”.

[27] 13° Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. con Sociedad Agrícola ARC Holding Ltda”., considerando 21º (sentencia que fue revocada por Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 27 de febrero de 2015, Rol 73962014, (nota anterior).

[28] Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999) p. 285, citado por sentencia del 2º Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, de 16 de octubre de 2006, Rol 16752006, dictada por el Juez Titular don Camilo Álvarez Órdenes, caratulada “Sepúlveda Torres y otros con Servicio de la Vivienda y Urbanización Octava Región del Bío Bío”, considerando 6º; y en sentencia del 13° Juzgado Civil de Santiago, de 22 de julio de 2014, dictada por doña Nancy Torrealba Pérez, Juez subrogante, Rol 69542012, caratulada “Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. con Sociedad Agrícola ARC Holding Ltda”., considerando 20º.

[29] Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (segunda edición, Santiago, Thomson Reuters, 2013), p. 409, opinión que a su vez es citada en: Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 25 de enero de 2011, Rol 3172010, caratulada “Álvarez con Empresa de Ferrocarriles del Estado”, redacción del Abogado Integrante don Gonzalo Cortez Matcovich, considerando 6º.

[30] Sentencia del 2º Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, de 16 de octubre de 2006, dictada por el Juez Titular don Camilo Álvarez Órdenes, Rol 16752006, caratulados “Sepúlveda Torres y otros con Servicio de la Vivienda y Urbanización Octava Región del Bío Bío”, considerando 7º.

[31] Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de febrero de 2015, Rol 73962014, caratulada "Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. con Sociedad Agrícola ARC Holding Ltda"., redacción de la ministra señora Jessica González Troncoso, considerando 10º.

[32] Sentencia de 28 de abril de 2008,3° Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, dictada por doña Carola Paz Rivas Vargas, Juez Titular, Rol 21132008 (acumulada Rol 27962008) caratulada "Álvarez con Empresa de Ferrocarriles del Estado", considerando 18º.

[33] Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 25 de enero de 2011, Rol 3172010, caratulada "Álvarez con Empresa de Ferrocarriles del Estado", redacción del Abogado Integrante don Gonzalo Cortez Matcovich, considerando 6º.

[34] Corte Suprema, sentencia de 26 de enero de 2009, Rol 75622008, caratulada "Manuel Pérez Sánchez y otros con Empresa Inmobiliaria Puerto Brandt S.A.", redacción del Ministro señor Adalis Oyarzún Miranda, considerando 3º.

[35] Roberto Vazquez Ferreyra "La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuricidad formal o material" CR La Ley.

[36] Molinari Valdés, A "De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil", 207 y 210. Santiago, Lexis Nexis 2004.

[37] Molinari Valdés, ob. cit., 207-208.

[38] En tal sentido: Corral Talciani, Lecciones, cit. (n. 3), p. 410. En la jurisprudencia, sentencia del 13° Juzgado Civil de Santiago, de 22 de julio de 2014, dictada por doña Nancy Torrealba Pérez, Juez subrogante, Rol 69542012, caratulada "Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. con Sociedad Agrícola ARC Holding Ltda"., considerando 20º, sentencia que en todo caso fue revocada por Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 27 de febrero de 2015, Rol 73962014.

[39] Al efecto se ha indicado que la acción del artículo 2333 del CC no alcanza a "las hipótesis en que el daño se debe a los riesgos que debemos tolerar por el hecho de vivir en sociedad" (Barros Bourie, Enrique, Tratado, cit. (n. 3), p. 874, citado a su vez por la Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 25 de enero de 2011, Rol 3172010, caratulada "Álvarez con Empresa de Ferrocarriles del Estado", redacción del Abogado Integrante don Gonzalo Cortez Matcovich, considerando 6º).

[40] Al respecto se ha reconocido expresamente que "[l] a jurisprudencia nacional no muestra evidentemente referencia alguna a la acción por daño contingente, por lo que se puede afirmar su

ninguna, o muy escasa aplicación práctica en el Ecuador": Sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos de 3 de enero de 2012, dictada en juicio n.º 2011-0106, disponible en: http://www.redibec.org/pdf/sentencia-texaco2. pdf [consultado el 10 de febrero de 2016].

[41] Fuente: sentencia de 14 de febrero de 2011, dictada por Nicolás Zambrano Lozada, Presidente de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos en juicio n.º 2003-0002, disponible en: http://www.inredh.org/archivos/pdf/texaco_sentencia.pdf En dicho proceso se dejó establecido que: "1. Existe contaminación atribuible al esquema de operaciones petroleras de la Concesión, ya que tal como fue diseñado disponía el vertimiento de efluentes en el ambiente, a pesar de existir otras alternativas tecnológicas disponibles. 2. La contaminación reportada puede considerarse como peligrosa, porque consta admitida la posibilidad de que el vertimiento de fluidos como los que admite haber vertido Texaco, a nombre de Texpet, cause daños a la agricultura y a la salud de las personas […]. 3. El vertimiento de los contaminantes descritos pudo ser evitado por la parte demandada con la utilización de otra tecnología que estaba disponible en la época, pero que fue omitida en el esquema de operaciones de la Concesión, que estaba bajo completa responsabilidad de la compañía Texpet, que operaba como subsidiaria de cuarto nivel de Texaco Inc., quien a su vez se fusionó públicamente con Chevron, creando Chevron Texaco, la compañía demandada en este juicio, que luego pasaría a cambiar su nombre a Chevron Corp" (sentencia de 14 de febrero de 2011, dictada por Nicolás Zambrano Lozada, Presidente de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos en juicio n. ó 2003-0002, considerando 10.º). Fuente: Sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos de 3 de enero de 2012, dictada en juicio n.º 2011-0106; Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 12 de noviembre de 2013, dictada en juicio verbal sumario n.º 174-2012, disponible en: http://www.planv.com.ec/sites/default/files/174-2012_resolucion.pdf. Fuente: Sentencia aclaratoria dictada por la mencionada Corte en este juicio el 22 de noviembre de 2013, disponible en: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2013/174-2012.pdf.

[42] Fuente: sentencia de 14 de febrero de 2011, dictada por Nicolás Zambrano Lozada, cit.

[43] Tamayo Jaramillo, J., De la responsabilidad civil, t. ii, De los perjuicios y su indemnización, Bogotá, Temis, 1986,80) quien señala En tal sentido se ha observado que la figura ha pasado "prácticamente inadvertida" en derecho colombiano; Sarmiento Palacio, G., Las acciones populares en el Derecho Privado colombiano, reimp. de la 1.ª edición de 1988, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006,42) señalando que ha sido "inexplicablemente inadvertida para comentaristas connotados, profesores consagrados y aun para hábiles y recursivos litigantes"; y que "desgraciadamente, debido a la ausencia de conocimiento y divulgación, su utilización se redujo a casos excepcionales, con lo cual se inutilizó una gran herramienta para una gran causa como es la defensa de los derechos colectivos" (Martínez Bautista, J.E. y Diez Bernal, L., Acciones populares. El ministerio público en la defensa del medio ambiente, Bogotá, Doctrina y Ley, 1999,3).

[44] Cfr. Rivera, Julio Cesar; Medina, Graciela Directores. Derecho Civil y Comercial Tomo: Responsabilidad Civil, pág 171 Autor: Ossola, Federico A., Abeledo Perrot El código de Vélez, aunque no desconocía la *situación de amenaza de daño,* había desechado la instrumentación de una *acción civil* para su evitación, dejando librada la cuestión al poder de policía. En tal sentido el art. 1132 del Cód. Civil indicaba que "el propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, *no puede*

pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podría causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio". En la nota, citando la *cautio damni infecti* romana, agregaba el codificador: "la admisión de una *acción preventiva* en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina".

Esta mirada del problema cambió radicalmente con la modificación del art. 2499 del Cód. Civil, por la reforma de la ley 17.711 de 1968. Si bien no se derogó el art. 1132, en aquel artículo se dispuso, en el segundo párrafo que se agregó: "*Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares".* Se trata de lo que se denominó la *acción de daño temido*, y que fue el germen de la tutela preventiva en la responsabilidad civil, especialmente porque no se limitó a los edificios sino también a*"otra cosa"* que pudiera causar un daño (López Herrera).

[45] Rivera, Julio Cesar; Medina, Graciela Directores. Derecho Civil y Comercial Tomo: Responsabilidad Civil, pág 169 Autor: Ossola, Federico A., Abeledo Perrot

[46] FRISON-ROCHE, MARIE ANNE. Ex ante – ex post, justificación de un derecho propio y específico de la regulación. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros Año X!!, número 10, Octubre 2010. Ed La Ley

[47] FRISON-ROCHE, MARIE ANNE. Ob. Cit.

[48] Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Dir. Lorenzetti, Ricardo Luis T. VIII, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015 pág. 297

[49] Cód Civil y Comercial de la Nación Comentado ob. Cit. Pag. 298 Ver entre otros: CSJN, 21-3-2006, "Ferreyra, Víctor D. y Ferreyra, Ramón c/Vicov SA s/Daños y perjuicios" y "Caja de Seguros SA c/Caminos del Atlántico", Fallos: 329:695 y Fallos: 329:646; 7-11-2006, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra • de c/Provincia de Buenos Aires y/u otros", Fallos: 329:4944; GALDÓS, Jorge M, Responsabilidad civil de los concesionarios viales y relación de consumo, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 791; CSJN, 6-3-2007, "Mosca, Hugo A. c/Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y perjuicios", Fallos: 330:563, L.L. 2007-B-363; 22-4-2008, "Ledesma, María Leonor c/Metrovías SA", Fallos: 331:819; 9-3-10, "Uñarte, M.H. c/Transportes Metropolitanos General Roca", Fallos: 333:203; R.C. y S. 2010-TV-61, con nota de SAGARNA, Femando Alfredo, El deber de seguridad de la empresa ferroviaria en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; CSJN, 20-12-2011, "Migoya, Carlos Alberto c/Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y perjuicios", AR/JUR/84373/2011; 20-12-2011, "Molina, Alejandro A. c/Santa Fe, Prov. de", AR/JUR/184375/2011 (ambos para espectáculos deportivos).

[50] CAPÍTULO 4 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. DISPOSICIONES GENERALES

Art 1794 Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.

Art. 1795 Improcedencia de la acción. La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.

[51] LLAMAS POMBO, Eugenio, "Los problemas actuales de la responsabilidad civil"., Módulo de aprendizaje autodirigido. Plan de formación de la rama judicial". Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2011 pag. 69 publicado en http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca2011/content/pdf/a1/7.pdf

[52] (20) NICOLAU, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional", LA LEY 1996-A, 1245.

[53] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 1.

[54] VÁZQUEZ FERREYRA ROBERTO A., "La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material" Revista De Responsabilidad Civil y Seguros: Publicación Mensual De Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, vol. 18, no. 8, pp. 5-15.

[55] Vázquez Ferreyra Roberto A., Ob. cit. donde brinda el siguiente ejemplo "Todo automotor en circulación puede generar daños; es un dato de la realidad incontestable. En consecuencia, cualquier persona estaría legitimada para impedir la circulación de vehículos, por cuanto existe la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico. Pero ello es absurdo, pues se paralizarían muchas actividades plenamente lícitas. De ahí que la conducta debe ser ilícita en sí misma considerada. Por ejemplo, demostrar previamente que estamos frente a una acción u omisión que vulnera una norma específica del ordenamiento (antijuridicidad formal). Siguiendo con la ejemplificación, podría iniciarse acción de prevención contra determinados vehículos que no reúnen las condiciones mínimas para la circulación conforme las leyes regulatorias (v.gr., Ley de Tránsito).

De lo contrario, podríamos llegar a propiciar una avalancha de acciones preventivas injustificadas. Vamos a otro ejemplo. Podremos parar la construcción de determinada obra, pero en la medida en que se acredite la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico y que además exista una conducta contraria a derecho por parte del constructor (no cumplimiento de las normas de higiene y seguridad). No debe perderse de vista que "en la institución que estudiamos, un exceso de prevención podría paralizar actividades que son necesarias o útiles" (15). La misma autora recuerda que "las actividades peligrosas sólo pueden ser impedidas si son antijurídicas. En cambio, hay muchas genéricamente riesgosas pero permitidas, como la conducción de automotores, la explotación de energías o la fabricación de productos químicos, entre otros supuestos" (16).

[56] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, t. I, Alveroni, Córdoba, p. 215.

[57] *Artículo 1737: Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.*

[58] DE CUPIS, Adriano, El daño, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1975, p. 575., cit., p. 575 señala que "desde el punto de vista de la víctima del daño no puede negarse que su prevención sea preferible a su represión. Pero actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un mero peligro, dirigirse contra un individuo para prevenir la realización de un daño temido, exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien pueda imputarse tal peligro".

[59] Expte. N° 5.997-2016 - "B., M. L. y otro c/ L'Expres S. A. y otro s/ Daños y perjuicios" - CNCIV - SALA A - 27/11/2018. elDial.com - AAB2FE.

[60] Así se ha dispuesto en: SCBA, 30/3/2005, "Carrizo, Carlos A. y otra c/ Tejeda, Gustavo J. y otra", LLBA, 451 (medida adoptada respecto de un paso a nivel peligroso para terceros); Cám. Apel. Civ. Com. Mar del Plata, Sala III, 9/5/2013, "G., G. D. c/ Club Atlético Once Unidos y otros", RCyS 2013-VIII, 117 (medida relativa al defecto de la puerta de un club, susceptible de dañar a terceros); Cám. Civ. Com. Azul, Sala II, 27/3/2013, "P., N. y O. c/ Z., S. y O." (reparación de un tramo de la senda vial que tenía un error de diseño y podía ocasionar futuros accidentes); Cám. Apel. Civ. Com. Junín, 6/11/2008, "Broggi, Pedro c/ Provincia de Buenos Aires –Dirección de Vialidad-", Abeledo-Perrot n.° 70049780 (reparación de una ruta que presenta un estado defectuoso), Expte. Nº 117624 - "Zabaloy Ana María c/ Marchi Luis Miguel y Otro/a s/daños y perjuicios prov. explotación agrícola" – CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES (Buenos Aires) – SALA PRIMERA - 31/10/2019 publicado en elDial.com - AAB879.

[61] Expte. N° 5.997-2016 - "B., M. L. y otro c/ L'Expres S. A. y otro s/ Daños y perjuicios" – CNCIV – SALA A – 27/11/2018elDial.com - AAB2FE, donde además se recuerda que: "el juez no puede actuar sin demanda de parte; no puede hacer mérito de hechos que las partes no han invocado, aun cuando resulten de los autos", y agrega que el juez no puede apartarse de los términos en que ha quedado planteada la litis en la relación procesal (Alsina, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Ediar, Buenos Aires, 1957, t. II, p. 233, y 1961, t. IV, p. 92/93).

[62] Vivante, César; Del Contrato de Seguro, ts. 14 y 15 del Derecho Comercial de Bolaffio, Rocco y Vivante, ed. Ediar S.A., Buenos Aires 1952 trad. de Santiago Sentís Melendo de Il Codice di Commercio Commentato ed. Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1935, T. I, pag. 316 Citado por MARTORELL, JORCE ENRIQUE en EMERIGON, O EL TRATADO CLASICO DE SEGUROS en Revista de Derecho de Seguros, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, Año 1, T 3, 1971, pag 124.

[63] Barbato, al abordar la cuestión de la relación asegurativa indica que se trata básicamente, de la cobertura de un riesgo por parte del asegurador, a cambio de una prima que paga el asegurado. Ese riesgo está constituido por un hecho posible pero incierto, incertidumbre que en la mayoría de los seguros es absoluta, en tanto que en los seguros de vida lo es sólo respecto del momento en que ocurrirá el fallecimiento. La relación entre riesgo y prima debe, pues, estar balanceada ya que la prima constituye el precio del riesgo que ha sido, pese a su aleatoriedad e incertidumbre, cuantificado, de acuerdo a leyes y criterios donde interviene la matemática, a fin de tomar ese material incierto en algo racional manejable.

En Correa, José Luis, El régimen del contrato de seguros. Riesgo, exclusiones, condiciones generales, culpa grave y reseña de algunos fallos de la Suprema Corte de Mendoza, LLGran Cuyo 2004 (septiembre), 752.

[64] LABELLA, HÉCTOR R., "Prevención de siniestros", Revista Juridica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad, año 111 • nº 9 Argentina 1986, pag. 216.

[65] Esta posición se basa en considerar que son deberes de conducta impuestos en interés ajeno, Y aspecto pasivo de otro derecho subjttivo, existiendo un derecho de resarcimiento en caso de incumplimiento: Y si bien estos deberes no pueden ser exigidos coactivamente, esto es porque una vez no observados el asegurador no tiene ya interés en su cumplimiento. Señala así EICHLER que se trataría de obligaciones jurídicas, aunque de intensidad menor a las de las propias obligaciones jurídicas (EICHLER, Versicherungsretht, cit., págs. 42, 47 y 48). Vid. igualmente KisciI "Rettungspflicht" en: Versicherungs-Lexicon, ' Alfred Manes (Coord.), Verlag von E.S. Mitter & Sohn in Berlin, 1930, Berlin, págs. 1285 y 12861 quien señala que es una obligación de tipo especial que tendría su base en las normas positivas de Derecho de seguros.

[66] EICHLER precisa, sin embargo, que la justificación de las cargas estaría en una posición de intereses concreta: tanto la imposición como la realización de este tipo de obligaciones accesorias se encuentra, por un lado, en el interés del sujeto cargado y, por otro en el interés del beneficiario de las cargas, tratando de evitarse una ruptura de equivalencia entre el riesgo que se ha asumido y la cantidad de prima a pagar. Con todo esto se conecta el principio jurídico de la buena fe en el marco de la relación de confianza entre el asegurado y el tomador; así como el principio de la prohibición de "venire contra factun proprium". Finalmente confluyen estas obligaciones accesorias en el hecho de que la relación de seguro es una obligación duradera que ante determinados cambios exige comportamientos adecuados por ambas partes. Vid. EICHLER, Versicherungsrecht, 2ª ed., Karlsruhe, 1976 págs. 39 y 40.

[67] Vid. KÜHBORTH, Die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers in der Rechtsschutzversi cherung beim und nach dem Eintritt eienes Versicherungsfalles, P. Lang. 1988, cit., pág. 28.

[68] BRUCK, Ernst; Assur. terr., 1937, págs. 436 y ss.

[69] Vid. KÜHBORTH, Die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers in der Rechtsschutzversi cherung beim und nach dem Eintritt eienes Versicherungsfalles, cit. 23 y 24.

[70] Francisco Messineo, "Manual de derecho civil y comercial", trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1954, t. 2, pág. 84.

[71] Entre ellos se destacan CRISCUOLI, TRIDICO, GASPERONI o CESÁRO, quienes lo consideran una carga aunque ofreciendo distintas argumentaciones para su consideración como tal.

[72] Donati, Antígono "Los seguros privados", pág. 280/1; Bosch, 1960.

[73] Ídem, pág. 281.

[74] Ídem, pág. 282.

[75] Por su parte, Uría, Menéndez y Alonso Soto mencionan el deber de salvamento al referirse a "ciertos deberes positivos o negativos, que acaso no puedan ser considerados verdaderas contraprestaciones u obligaciones en sentido rigurosamente técnico pero que les imponen, no obstante, una determinada conducta". MARTÍNEZ JIMÉNEZ, al referirse en general a los deberes que gravan al tomador, o asegurado en su caso, distintos de la obligación de pagar la prima, también se inclina por no calificarlos como verdaderas obligaciones.

[76] Broseta Pont, – "El contrato de Reaseguro", Aguilar, 1961, Cap. V, parágrafo B, págs. 165/8.

[77] Veiga Copo, Abel, Tratado del Contrato de Seguro. 5ª ed., pág. 1759, 1760 diciembre 2017 Ed. Thomson Reuters Aranzadi.

[78] Muñoz Paredes, María Luisa "El deber de declaración del riesgo en el seguro. 1ª ed., marzo 2018, II Carga u Obligación paragrafos 111 a 123, Ed. Aranzadi.

[79] Publicado en Revista de Derecho de Seguros, Año I, Tomo I, 1971, Ediciones Librería Jurídica. La Plata, pags. 107-135.

[80] FONTANARROSA, R., 1970. "El Régimen De Las Caducidades Establecido En El Art. 36 De La Ley De Seguros 17.418". Rds, vol. TOMO I, no. AÑO I, Ediciones Librería Jurídica. La Plata pp. 31-38.

[81] En Jurisprudencia Argentina (Sec. Doctrina), 1969, págs. 389/ 408

[82] Conforme se encuentra establecido en parte del derecho comparado.

[83] Cfr. Halperin, I., Barbato, N., *Seguros*, cit., nro. 70, pág. 518. "Se trata de una carga y no de una obligación, de allí que estimemos impropia la expresión utilizada por el artículo 72 ya aludido cuando, al describir el deber, afirma que el asegurado "…está obligado".

[84] Sin embargo, autores como I. Halperin, advierten que "La afirmación corriente, que el asegurado obrará como lo haría un hombre prudente no asegurado (VIVANTE), puede conducir a errores, porque el no asegurado puede omitir medidas que el asegurado debe adoptar". (*Seguros,* op. cit., pág. 519).

[85] Vivante, C., Derecho…, cit., T. 14, Vol. 1, nro. 310, pág. 370.

[86] Meilij, Gustavo; Barbato, Nicolás Tratado de derecho de seguros, Rosario, Zeus, 1975, p.g. 161.

[87] Stiglitz, Rubén, Derecho de Seguros 6a. Ed. – Tomo III, pág. 143 Ed. La Ley Thompson Reuters Buenos Aires. 2016.

[88] Gravina Maurício S. "Principios Jurídicos del Contrato de Seguro", 1ra. Ed. Ciudad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires– Madrid– México, pag. 186.

[89] Publicado en Jurisprudencia Argentina, 1983-I-93.

[90] Halperín Barbato, *Seguros III* ed. Actualizada, pág. 517. Se refieren al sistema de caducidad convencional establecido en ese artículo en el que se dispone que cuando por la ley no se ha determinado el efecto del incumplimiento de una carga u obligación impuesta al asegurado, razón por la que para los autores el incumplimiento de estas medidas de prevención no puede producir un efecto distinto del estipulado en el art. 72.

[91] Halperín Barbato Seguros III ed. Actualizada… pag. 518, 519.

[92] Si bien existe en el derecho español un fallo del Tribunal Supremo en contra, donde se sostuvo que debía interpretarse con amplitud la carga de salvamento con que se grava al tomador o asegurado, haciéndolo extensivo a los dos vigilantes que, en la emergencia, actuaron como "servidores" del

tomador (persona jurídica) y, como tales, debieron "realizar los actos o maniobras pertinentes para aminorar las consecuencias del siniestro" (TS de España, Sala civil, 1/10/1994, Aranzadi, 7440/1994, Revista de Derecho Mercantil, nro. 218, octubre-diciembre, 1995, pág. 1715), es para señalar que dicha solución es inviable en la Argentina pues supone una ampliación de los derechos del asegurador en desmedro del asegurado, provocando un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes.

[93] Halperin, I., *Seguros*, cit., T. I, nro. 74 y 75, págs. 475 y 476. A esos fines, da como ejemplos: en el seguro de incendio, el traslado de las cosas, apuntalamiento de paredes, demolición total o parcial del edificio asegurado o en el cual se encuentran las cosas, o de las fincas vecinas para evitar que el fuego se propague, inundación del lugar en que las cosas están depositadas, etc. En el seguro de animales, el traslado del animal enfermo o de los animales sanos; según el caso la consulta al médico veterinario o en su defecto a un experto, cuyas instrucciones se deben seguir, so pena de juzgarse que existe culpa grave (art. 105, L.S.). En el seguro de robo, la colaboración más estrecha posible con las autoridades policiales y judiciales para la aprehensión de los autores y restitución de las cosas robadas. En el seguro individual de accidentes y en razón de que la intervención quirúrgica no puede ser exigida en todos los casos, las instrucciones deben ser razonables (art. 150, L.S.).

[94] STIGLITZ, R.S., 2016. *Derecho De Seguros.* 6ta. Edición actualizada y Ampliada ed. Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley.T. III párrafo1023, pag 150, CNCiv. y Com. Fed., Sala 2ª, 22/12/1981, "Mediterranean Austral c. La Tandilense Cía. de Seg"., JA, 1983-I-93: "se tiene expresado que en la carga de salvamento y demás actos de conservación del buque, es el asegurado quien debe emplear toda la diligencia posible para disminuir el daño, y la circunstancia de que su inacción sea remediada por el asegurador no convierte a éste en obligado más allá de la concreta tarea asumida y de la finalidad a la que estaba destinada; o sea que, una vez puesta la nave a flote, a la propietaria incumbe adoptar las providencias tendientes a evitar el daño por oxidación".

[95] Halperin, I., *Seguros*, cit., T. I, nro. 72, pág. 475.

[96] Bruck, p. 346, letra b.

[97] Art. 150. El asegurado en cuanto le sea posible, debe impedir o reducir las consecuencias del siniestro, y observar las instrucciones del asegurador al respecto, en cuanto sean razonables.

[98] Art. 111 L.S. El pago de los gastos y costas se debe en la medida que fueron necesarios. (tercer párrafo) *Instrucciones u órdenes del asegurador.* Si se devengaron en causa civil mantenida por decisión manifiestamente injustificada del asegurador, este debe pagarlos íntegramente.

[99] En este caso el fundamento de la disposición radica en la importancia que tiene la ganadería en la economía nacional, razón por la que cualquier circunstancia que pueda amenazar la salud animal debe ser inmediatamente atendida a los efectos de evitar epidemias.

[100] Halperin citando a Vivante (en Contratto, nro 311) señala como ejemplo el abandono de todo esfuerzo, supuesto en el cual, como resarcimiento, podría deber justamente el importe de la indemnización). Conf.: Bruck, p. 358; Castillo, nro. 118.

[101] Halperín Barbato Seguros III ed. Actualizada… pag. 521.

[102] Stiglitz Rubén S. "Derecho de Seguros" 6ta Edición Actualizada y Ampliada T. III, pag. 153.

[103] Donati, A., *Trattato…,* cit., Vol. II, nro. 474, pág. 417.

[104] *Provocación del siniestro.* Art. 70. El asegurador queda liberado sí el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado.

[105] Vivante, C., *Tratado…,* cit., T. 14, Vol. 1, cit., Brinda los siguientes ejemplos: en los seguros contra incendios se comprenden los salarios pagados a quien trabajó en la extinción del mismo, los gastos hechos para apuntalar las paredes vacilantes, al sustraer al siniestro lo que estaba en peligro de perderse, para impedir la comunicación del incendio al edificio o los muebles asegurados, aunque éstos se hubieran salvado.

[106] HALPERIN, Isaac – BARBATO, NICOLÁS, *Seguros*, Capítulo IV *Obligaciones y Cargas del asegurado*, parágrafo 85 "*Exención del deber de pagarlos"*, p. 545, tercera edición actualizada, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2001.

[107] Sobrino, Waldo., 2018. *Seguros y el Código Civil y Comercial.* 2da. Edición Actualizada y Ampliada ed. Buenos Aires: Thompson Reuters, La Ley. Pag. 1358.

[108] Sobrino, ob. Cit. Pag. 1360.

[109] El Alto Tribunal ha sostenido la oponibilidad de la franquicia indicando que "las víctimas tienen un derecho a la reparación integral de los daños que sufren a causa de un accidente. El instituto de la franquicia no es incompatible con este principio, sino que, por el contrario, beneficia a las víctimas al estar enfocado en la prevención. Si una persona puede trasladar al seguro la totalidad de los daños que causa, no tendrá ningún incentivo para tomar precauciones tendientes a evitar el daño, en cambio, si una parte repercute sobre su patrimonio, la indemnización mantendrá un efecto disuasivo" (Fallos: 330:3483). Asimismo, señaló que "no puede afirmarse que la franquicia es un instrumento que perjudica a terceros, ya que es el ejercicio razonable de una limitación del riesgo de la actividad. Si un

tercero puede cobrar al asegurador una suma superior a la contratada, no sólo se viola la ley de seguros, sino que se consagra una obligación sin causa (art. 499 Código Civil). Si bien, el tercero damnificado puede llegar a ser acreedor de la aseguradora del causante del daño, siempre deben respetarse las limitaciones de las cláusulas contractuales pactadas en dicha convención, que a su vez están subordinadas a la normativa vigente. "(Fallos: 330:3483).

[110] Fabiana COMPIANI "La prevención en el derecho de seguros", publicado en RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, Cita Online: AR/DOC/913/2016.

[111] Ídem.

[112] COMPIANI, María Fabiana, La prevención en el derecho de seguros, RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 13 Cita Online: AR/DOC/913/2016.

[113] Stiglitz, menciona la inejecución de las instrucciones pero entendemos que la misma no genera gastos de ningún tipo, por lo que en tal caso el asegurador podrá aplicar la sanción prevista por el art. 72.2 LS. Stiglitz Rubén S. "Derecho de Seguros" 6ta Edición Actualizada y Ampliada T. III, pag. 159.

[114] Corresponde realizar la misma crítica que la indicada para el acápite a.

[115] Halperin, I. Barbato, *Seguros*, cit., nro. 82, pág. 542.

[116] Sobrino, ob. Cit. Pag. 1313.

[117] Sobrino, Waldo "Seguros y el Código Civil y Comercial" 2da. Edición Actualizada y ampliada, T. II pag. 1360 y sgtes. Thomson Reuters, La Ley. Buenos Aires 2018.

[118] Sobrino, Waldo, ob. cit. Pag. 1361.

[119] En igual sentido Halperín, al referirse a las normas imperativas por su letra o naturaleza, total o parcialmente inmodificables– indica que si bien es cierto que la ley no especifica cuáles son las que corresponden a esta categoría, ello importa dejar un amplio campo a la jurisprudencia para incorporar progresivamente al número de disposiciones de orden público todas las reglas que la evolución económica y social del país hagan conveniente para el mejor desarrollo del seguro y para hacer efectiva su función de solidaridad social. Indicando posteriormente que la aprobación de las pólizas por la superintendencia de seguros no impedirá, en su momento, que el juez, en el caso concreto que se le someta, concluya que la regla contractual infringe una norma legal que por su naturaleza era inmodificable.

También Morandi expresa: “La sanción por el incumplimiento de la carga de salvamento no puede ser agravada en el contrato, porque ello resultaría violatorio del art. 158, ya que el art. 72 es una norma totalmente inmodificable según su letra y naturaleza. Además ello significaría contrariar el régimen del art. 36 en consecuencia, tampoco podría modificarse a favor del asegurado.

[120] Entre los que se destaca el art. 962 CCCN. “Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.

[121] Sobrino, ob. Cit. Pag. 1311.

[122] Halperín Barbato, ob. Cit. Pag. 518/9.

[123] Meilij Barbato, ob. Cit., 250 pag. 161.

[124] Sobrino, Waldo ob. Cit. Pag. 1309.

[125] Sobrino, Waldo ob. Cit. Pag. 1310.

[126] Soler Aleu, “Seguro de Incendio”, Editorial Universidad, pag. 220.

[127] Reajuste por disminución del riesgo Art. 34. Cuando el asegurado ha denunciado erróneamente un riesgo más grave, tiene derecho a la rectificación de la prima por los períodos posteriores a la denuncia del error, de acuerdo a la tarifa aplicable al tiempo de la celebración del contrato.

Cuando el riesgo ha disminuido, el asegurado tiene derecho al reajuste de la prima por los períodos posteriores, de acuerdo a la tarifa aplicable al tiempo de la denuncia de la disminución.